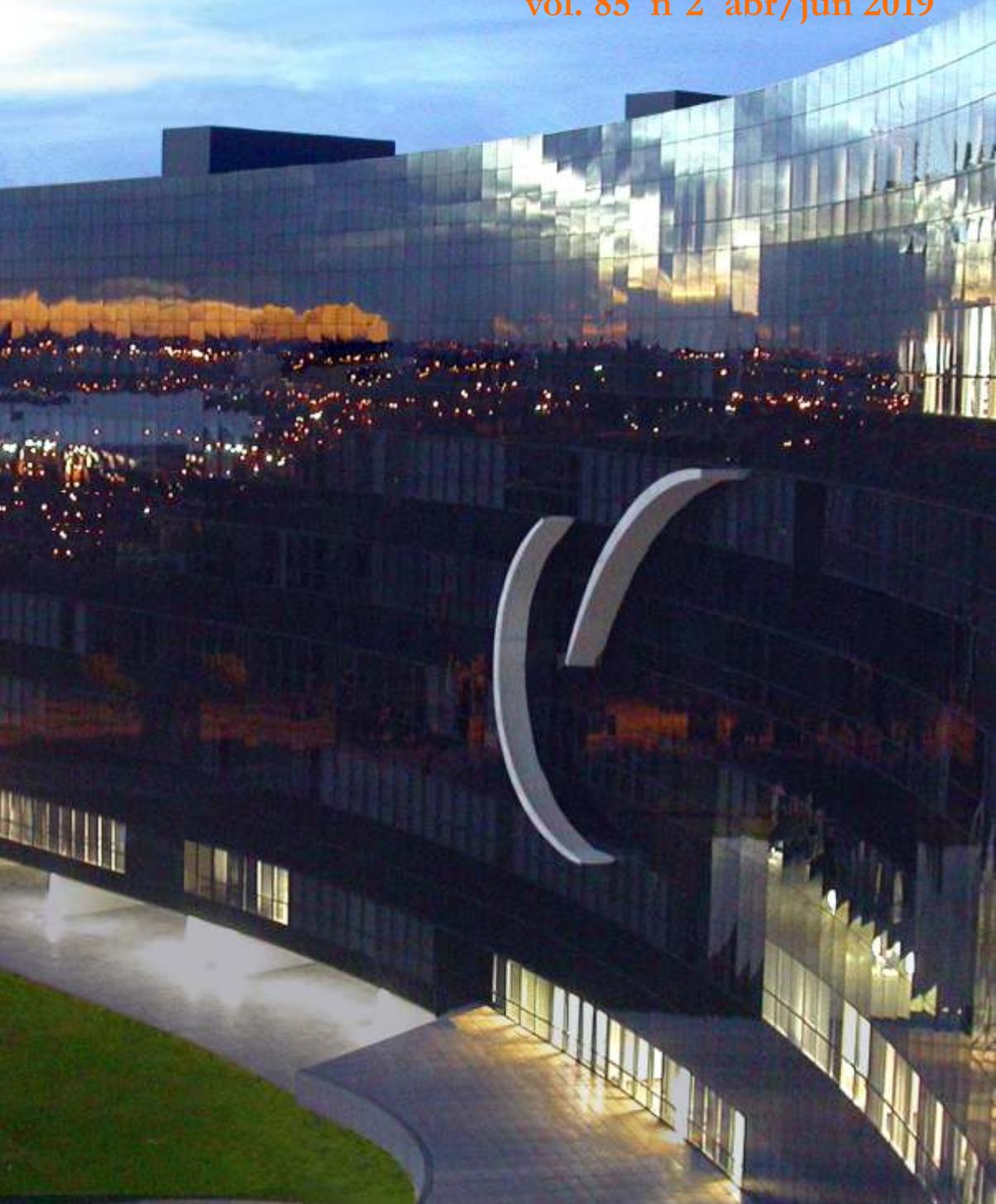


Revista do Tribunal Superior do Trabalho

vol. 85 nº2 abr/jun 2019



Revista do Tribunal Superior do Trabalho



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Revista do Tribunal Superior do Trabalho

Ministro João Batista Brito Pereira
Presidente

Ministro Renato de Lacerda Paiva
Vice-Presidente

Ministro Lelio Bentes Corrêa
Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Conselho Editorial
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho (*presidente*)
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte
Ministra Maria Helena Mallmann
Ministro Hugo Carlos Scheuermann (*suplente*)
Comissão de Documentação

Ano 85 – nº 2 – abr. a jun. – 2019

LEX MAGISTER

PRODUTOS JURÍDICOS

Rua da Consolação, 222 – 2º andar – Sala 209 – CEP 01302-000 – São Paulo-SP
comercial@lex.com.br – www.lex.com.br

Revista do Tribunal Superior do Trabalho / Tribunal Superior do Trabalho. – Vol. 21, n. 1 (set./dez. 1946) – Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1947-.

v.

Trimestral.

Irregular, 1946-1968; suspensa, 1996-1998; trimestral, out. 1999-jun. 2002; semestral, jul. 2002-dez. 2004; quadrimestral, maio 2005-dez. 2006.

Continuação de: Revista do Conselho Nacional do Trabalho, 1925-1940 (maio/ago.).

Coordenada pelo: Serviço de Jurisprudência e Revista, 1977-1993; pela: Comissão de Documentação, 1994-.

Editores: 1946-1947, Imprensa Nacional; 1948-1974, Tribunal Superior do Trabalho; 1975-1995, LTr; out. 1999-mar. 2007, Síntese; abr. 2007- jun. 2010, Magister; jul. 2010-, Lex.

ISSN 0103-7978

1. Direito do Trabalho. 2. Processo Trabalhista. 3. Justiça do Trabalho – Brasil. 4. Jurisprudência Trabalhista – Brasil. I. Brasil. Tribunal Superior do Trabalho.

CDU 347.998.72(81)(05)

Coordenação: Comissão de Documentação

Organização e Supervisão: Virgínia Ramos Veríssimo

Revisão: José Geraldo Pereira Baião

Capa: Ivan Salles de Rezende (sobre foto de Marta Crisóstomo)

Editoração Eletrônica: LexMagister

Tiragem: 700 exemplares

Os artigos publicados com assinatura não traduzem necessariamente a opinião do Tribunal Superior do Trabalho. Sua publicação obedece ao propósito de estimular o debate sobre questões jurídicas relevantes para a sociedade brasileira e de refletir as várias tendências do pensamento jurídico contemporâneo. Instruções para submissão de artigo encontram-se no link “Revista do TST” na página www.tst.jus.br.

Tribunal Superior do Trabalho

Setor de Administração Federal Sul

Quadra 8, lote 1, bloco “B”, mezanino

70070-600 – Brasília – DF

Fone: (61) 3043-3056

E-mail: revista@tst.jus.br

Internet: www.tst.jus.br

Lex Editora S.A.

Rua da Consolação, 222 – 2º andar – Sala 209

01302-000 – São Paulo-SP

Fone: (11) 3019-0070

Assinaturas:

comercial@lex.com.br

www.lex.com.br

**Composição do
Tribunal Superior do Trabalho**

Tribunal Pleno

Ministro João Batista Brito Pereira, Presidente do Tribunal
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Lelio Bentes Corrêa, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro Emmanoel Pereira
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro
Ministro Walmir Oliveira da Costa
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda
Ministro Augusto César Leite de Carvalho
Ministro José Roberto Freire Pimenta
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes
Ministro Hugo Carlos Scheuermann
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte
Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão
Ministro Douglas Alencar Rodrigues
Ministra Maria Helena Mallmann
Ministro Breno Medeiros
Ministro Alexandre Luiz Ramos
Ministro Luiz José Dezena da Silva

Órgão Especial

Ministro João Batista Brito Pereira, Presidente do Tribunal
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Lelio Bentes Corrêa, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro Emmanoel Pereira
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga

Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministra Dora Maria da Costa
Ministra Kátia Magalhães Arruda
Ministro José Roberto Freire Pimenta
Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão
Ministro Douglas Alencar Rodrigues
Ministra Maria Helena Mallmann

Seção Especializada em Dissídios Coletivos

Ministro João Batista Brito Pereira, Presidente do Tribunal
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Lelio Bentes Corrêa, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda

Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro João Batista Brito Pereira, Presidente do Tribunal
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Lelio Bentes Corrêa, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro
Ministro Walmir Oliveira da Costa
Ministro Augusto César Leite de Carvalho
Ministro José Roberto Freire Pimenta
Ministro Hugo Carlos Scheuermann
Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão
Ministro Breno Medeiros

Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro João Batista Brito Pereira, Presidente do Tribunal
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Lelio Bentes Corrêa, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Emmanoel Pereira
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte
Ministro Douglas Alencar Rodrigues
Ministra Maria Helena Mallmann
Ministro Alexandre Luiz Ramos
Ministro Luiz José Dezena da Silva

Primeira Turma

Ministro Walmir Oliveira da Costa, Presidente
Ministro Hugo Carlos Scheuermann
Ministro Luiz José Dezena da Silva

Segunda Turma

Ministro José Roberto Freire Pimenta, Presidente
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes
Ministra Maria Helena Mallmann

Terceira Turma

Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Presidente
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte

Quarta Turma

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro Alexandre Luiz Ramos

Quinta Turma

Ministro Emmanoel Pereira, Presidente

Ministro Douglas Alencar Rodrigues

Ministro Breno Medeiros

Sexta Turma

Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga (Afastado temporariamente do exercício da jurisdição
– Membro do CNJ)

Ministra Kátia Magalhães Arruda, Presidente

Ministro Augusto César Leite de Carvalho

Desembargadora Cilene Ferreira Amaro Santos (Convocada)

Sétima Turma

Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, Presidente

Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho

Desembargador Roberto Nobrega de Almeida Filho (Convocado)

Oitava Turma

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Presidente

Ministra Dora Maria da Costa

Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro

Ministros do Tribunal Superior do Trabalho



João Batista Brito Pereira (Presidente)



Renato de Lacerda Paiva (Vice-Presidente)



Lelio Bentes Corrêa (Corregedor-Geral)



Ives Gandra da Silva Martins Filho



Maria Cristina Peduzzi



Emmanoel Pereira



Aloysio Corrêa da Veiga



Luiz Philippe Vieira de Mello Filho



Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira



Dora Maria da Costa



Guilherme Augusto Caputo Bastos



Márcio Eurico Vitral Amaro



Walmir Oliveira da Costa



Maurício Godinho Delgado



Kátia Magalhães Arruda



Augusto César Leite de Carvalho



José Roberto Freire Pimenta



Delaíde Alves Miranda Arantes



Hugo Carlos Scheuermann



Alexandre de Souza Agra Belmonte



Cláudio Mascarenhas Brandão



Douglas Alencar Rodrigues



Maria Helena Mallmann



Breno Medeiros



Alexandre Luiz Ramos



Luiz José Dezena da Silva

Sumário

Editorial.....	15
1. A CLT como parâmetro cultural e a reforma trabalhista em face da dignidade da pessoa humana <i>CLT as a cultural parameter and the reform of workers in the face of the dignity of the person human</i> <i>Georgenor de Sousa Franco Filho.....</i>	19
2. Breves considerações sobre o dano existencial decorrente de doenças e acidentes do trabalho à luz das recentes alterações na legislação trabalhista <i>Brief considerations on existential damage arising from diseases and accidents at work in the light of recent changes in labor law</i> <i>João Batista Martins César e Carlos Eduardo Monti Junior.....</i>	28
3. Discriminação de gênero e orientação sexual nas relações de trabalho <i>Gender discrimination and sexual orientation in work relations</i> <i>Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Rodolfo Pamplona Filho.....</i>	54
4. Direito de indenidade <i>Right of indemnity</i> <i>Fabiano Coelho de Souza e Igor Vilas Boas Sahb.....</i>	79
5. Homologação de acordo extrajudicial e CEJUSC – algumas reflexões <i>Validation of extrajudicial agreement and CEJUSC – some reflexions</i> <i>Doroteia Silva de Azevedo Mota.....</i>	98
6. O trabalho escravo contemporâneo: uma análise do caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde versus Brasil e da escravidão na Região Norte do Brasil <i>The contemporary slave work: an analysis of case workers of the Brazilian Green Farm versus Brazil and slavery in the Northern Region of Brazil</i> <i>Júlia do Rosário Zuardi, Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho e Dorinethe dos Santos Bentes.....</i>	116
7. Estágio não obrigatório: reflexão sobre a necessidade de se fixar um piso para bolsa-auxílio como forma de valorização do instituto <i>Not mandatory internship: reflection on the need to set a floor for the grant-aid as a form of appreciation of the institute</i> <i>Bruno Diana e Kátia A. Pastori Terrin.....</i>	130

8.	Controle judicial das cláusulas integrantes dos instrumentos de negociação coletiva: restrições à atuação do Poder Judiciário advindas com a reforma trabalhista – Lei nº 13.467/2017 <i>Judicial control of the clauses integrated collective bargaining instruments: restrictions on the jurisdiction's activity advised of labor reform – Law 13.467/2017</i> <i>Maria Carolina Ramos e Thamiris Cristina Rebelato</i>	154
9.	A reforma trabalhista e a mitigação do direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita <i>Labor reform and mitigation of fundamental right to free legal assistance</i> <i>Denisson Gonçalves Chaves e Luiz Alberto Holanda Carvalho</i>	180
10.	Análise da dimensão normativa da terceirização em face da reforma trabalhista e jurisprudência do STF <i>Analysis of the normative dimension outsourcing of the face the labor reform and jurisprudence of STF</i> <i>Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson, Walkyria de Oliveira Rocha Teixeira e Cristina Alves da Silva Braga</i>	207
11.	O sistema de macros e o avanço no controle de jornada dos motoristas profissionais <i>The macros system and the advancement in the day control of professional drivers</i> <i>Fabio Dias da Silva</i>	241

Editorial

O número crescente de artigos recebidos pelo democrático meio editorial tem deixado os membros da Comissão de Documentação e Memória do Tribunal Superior do Trabalho no difícil dilema da escolha.

A dificuldade da escolha reside, principalmente, na alta qualidade dos artigos, na necessidade de adequação, conforme o tamanho, ao reduzido número de páginas disponibilizadas pela editora e titulação, o que lamentavelmente importa no descarte de bons artigos, que gostaríamos de ver publicados, mas que encaminhamos às mais tradicionais revistas jurídicas da área trabalhista.

É gratificante receber artigos de autores das mais variadas profissões e ideologias, que, muitas vezes, deixam de lado as suas ocupações habituais, para dedicar tempo para enfrentar, de forma original ou com enfoque peculiar, temas novos ou novos aspectos referentes a temas já conhecidos.

Como tem ultimamente ocorrido, a escolha recaiu sobre temas variados, embora seja evidente que a reforma trabalhista continua a despertar curiosidade.

É interessante acompanhar a evolução social. O surgimento do Direito do Trabalho como resultado de luta de classes; a consolidação dos direitos trabalhistas nos planos internacional e interno dos países no ajuste entre os interesses da já superada dicotomia entre capital e trabalho; a absorção de trabalhadores no agronegócio, nas indústrias e nos serviços até o fim dos anos 1960 num mundo então economicamente crescente; a crise do petróleo e as novas tecnologias e novos meios de organização da produção gerados a partir dos anos 1970 para baratear os custos da produção; o incentivo ao crédito para aquisição dos novos meios produtivos e atendimento à intensificação do consumo crescente; a globalização e a competição internacional mais acirrada; a crescente prevalência do poder econômico sobre os direitos trabalhistas; e a nova realidade da automação, que suprime gradativamente os postos de trabalho, tudo isso levando à busca de novos paradigmas no incentivo à livre iniciativa e na valorização do trabalho.

Diante da evolução social, a produção intelectual direcionada aos direitos trabalhistas, como não podia deixar de ser, setorial. Os artigos explicita ou implicitamente têm tratado os diversos temas de forma holística, inserindo o

Direito do Trabalho não apenas na ordem social, mas também na ordem econômica e tributária, na busca de aplicações condizentes com o atual patamar civilizatório e questionamentos quanto ao futuro.

Esperamos que esta edição possa atender às expectativas dos leitores.

Ministro Alexandre Agra Belmonte

Membro titular da Comissão de Documentação e Memória do TST

Doutrina

A CLT COMO PARÂMETRO CULTURAL E A REFORMA TRABALHISTA EM FACE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA*

CLT AS A CULTURAL PARAMETER AND THE REFORM OF WORKERS IN THE FACE OF THE DIGNITY OF THE PERSON HUMAN

Georgenor de Sousa Franco Filho**

RESUMO: Cuida este texto de demonstrar aspectos relevantes da reforma trabalhista efetuada em 2017 no Brasil e seus reflexos sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, com considerações acerca da importância da CLT. Da mesma forma, são examinados alguns pontos mais destacáveis das atuais condições do trabalho no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma Trabalhista. Dignidade Humana. Impactos das Mudanças. Justiça do Trabalho.

ABSTRACT: *This text seeks to demonstrate relevant aspects of the labor reform carried out in 2017 in Brazil and its reflections on the principle of human dignity, with considerations about the importance of CLT. In the same way, we examine some of the more remarkable aspects of the current working conditions in Brazil.*

KEYWORDS: *Labor Reform. Human Dignity. Impacts of Changes. Work Justice.*

1 – Ingressando em uma nova era

Caminha a humanidade em meio a rápidas mudanças, graças às transformações tecnológicas. Nos últimos anos passamos a conviver com palavras novas, de significados estranhos, e, sobretudo, de modalidades diferentes no mundo do trabalho. Entramos na 4ª Revolução Industrial e estamos verdadeiramente tateando em meio a tantas e tão rápidas mudanças.

Em 2018, tivemos as comemorações de um ano jubilar de grande significação para o Brasil (e, por igual, para o mundo). No mundo, os 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, seu jubileu de vinho. No Brasil, os 40 anos da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, seu jubileu de es-

* Conferência proferida no *VI Congresso Luso-Brasileiro de Direitos Humanos na Sociedade da Informação*, Tomar, Portugal, em 13.02.2018.

** *Desembargador do trabalho de carreira do TRT da 8ª Região; doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Doutor Honoris Causa e professor titular de Direito Internacional e do Trabalho da Universidade da Amazônia; Presidente Honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho; membro da Academia Ibero-Americana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; membro da Academia Paraense de Letras, da Academia Paraense de Letras Jurídicas e da Asociación Ibero-Americana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

meralda, e os 30 anos de vigência da atual Constituição, seu jubileu de pérola. E, neste ano de 2019, eu mesmo festejo meus jubileus de esmeralda de 40 anos de magistério superior e de carvalho, correspondente a 38 anos de magistratura, que transcorreram, ambos, no dia 12 de fevereiro.

Com efeito, em um mundo cheio de novidades, ouve-se falar em inovação disruptiva, em direito à desconexão, em moedas virtuais, em inteligência artificial, em certificação digital. O teletrabalho está aí, regulado, bem ou mal, pelas mudanças legislativas vigentes desde novembro de 2017 na CLT. Temos buscado aprender a convivência com a Inteligência Artificial e uso de aplicativos. Ouvimos e convivemos com um elenco de palavras estranhas cujo significado apreendemos com sensível dificuldade: deletar, escanear, digitar, *blog*, *backup*, *cookie*, *hardware* e *software*, *login*, *selfie*, *wireless*, tudo, afinal, para colocar nas nuvens. Tentamos entender o poder inimaginável das redes sociais que, e todos sabemos, podem tudo, quase tudo e muito mais.

Quando nos defrontamos com a inteligência artificial, constatamos que o grande problema que certamente enfrentamos é a ausência de sentimentos. Será que o homem (criador) poderá introduzir nesse sistema também os sentimentos humanos? Ninguém diga que não.

Imagino que isso demorará muito ainda. A minha geração criou, mas a disseminação dessa inteligência artificial não nos atingirá. Os atingidos serão nossos filhos e netos e os que vierem após.

Há quase uma década atrás, em um evento realizado no Brasil, destaquei que, no mundo, as grandes mudanças geralmente têm como sufixo a expressão *ismos*, as inovações dos *ismos*. No mundo do trabalho não é diferente. Tivemos o taylorismo de Frederick Taylor, o fordismo de Henry Ford, o toyotismo de Taiichi Ohno, o volvismo de Chavanmco, e hoje em dia, costume dizer que convivemos agora com o *gatismo*, de Bill Gates, o criador da *Microsoft*. Esse tempo pode se identificar como uma nova era cujo surgimento podemos estar vivenciando. Uma era que pode ser chamada de Nuclear, ou Atômica, ou Espacial, ou da Internet, ou Cibernética, ou Computadorizada, ou Digital, ou Virtual, ou Midiática. Não importa. O novo nome não tem maior importância, mas será um desses e difundido pelas muitas redes sociais que dirigem, inseguramente, os destinos da humanidade.

2 – As perspectivas dos frutos da reforma

Nessa linha de modernização do Brasil e do mundo, encontramos um estatuto do trabalho de precisamente 76 anos de existência, profundamente

DOCTRINA

alterado ao longo desses quase oitenta anos. Sem dúvida, afora uma legislação extravagante imensa, tivemos, no ano de 2017, a mais profunda de todas as mudanças no seu texto original, representada pela Lei nº 13.467, de 13 de julho. Atualmente, estamos a vivenciar no Brasil o segundo ano de sua vigência, pouco tempo ainda para avaliar seus efetivos efeitos.

Quando se fala em direitos sociais no Brasil, costuma-se referir ao princípio da *vedação do retrocesso social*, que sustenta a impossibilidade de redução, via mudança infraconstitucional, dos direitos sociais. A ele se poderia ajuntar o princípio da *reserva do possível*, oriundo do direito alemão em 1970, e, em Portugal, em 1984 (Acórdão 39/84 do Tribunal Constitucional), e também os princípios da *segurança jurídica* e da *proteção da confiança*, quando o Estado deve dar o mínimo de garantias ao particular.

Em síntese: o mínimo existencial deve ser garantido porque alicerce de vida humana; a reserva do possível dependerá das condições razoáveis para sua implementação; a vedação do retrocesso social visa a impedir supressão de direitos sociais; a segurança jurídica pretende para dar estabilidade às relações interpessoais; a proteção da confiança busca garantir a paz social.

A rigor, a Constituição em vigor não contempla explicitamente o princípio da vedação do retrocesso social. Está implícito em pelo menos seis indicativos constitucionais: 1) Estado social e democrático de direito; 2) dignidade da pessoa humana; 3) eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais; 4) segurança jurídica e da proteção da confiança; 5) valor social do trabalho; e 6) valorização do trabalho humano. Agregue-se a proibição de emendas constitucionais que visem abolir direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, n. IV, da Constituição).

A reforma operada na CLT era pregada como necessária desde sua aprovação, em 1943. Criou-se um equivocado senso de ser um diploma anacrônico e ultrapassado, quando, na verdade, pouco restava do seu texto original, tamanho o número de mudanças que ocorreu nesse período até 2017.

As mudanças de agora apresentam dois traços principais. O primeiro é o ajuste do direito positivo brasileiro com a modernidade e a globalização. O segundo é a iminente precarização do trabalho e a flexibilização de direitos, mediante o incentivo à negociação coletiva, que permite colocar as normas autocompositivas acima de texto legal.

DOCTRINA

As alterações causaram um grande impacto no movimento judiciário. Segundo o Relatório Geral da Justiça do Trabalho de 2017¹, existem, no Brasil, um Tribunal Superior, o Tribunal Superior do Trabalho, 24 Tribunais Regionais e 1.572 Varas instaladas, contando com 3.675 magistrados e 42.812 servidores.

A despesa da Justiça do Trabalho para cada habitante foi de R\$ 95,09. Em contrapartida, sua arrecadação para a União somou R\$ 3.588.477.056,26, considerando-se imposto sobre a renda, contribuição previdenciária, custas, emolumentos e multas aplicadas pelo então Ministério do Trabalho, valor correspondente a 18,2% da sua despesa orçamentária.

O acesso à Justiça do Trabalho sofreu sensível enfraquecimento após a reforma de 2017. Embora o TST tenha recebido 206.869 casos novos, 13,9% a mais que em 2016, e os TRTs, 837.331 casos novos, 5,2% a mais que no ano anterior, nas Varas foram ajuizados 2.630.842 casos novos, 3,4% a menos que em 2016.

Qual terá sido a desmotivação para buscar a proteção da Justiça do Trabalho?

É certo que os conflitos continuam, mas a responsabilidade, agora, aumentou. Antes da reforma, reclamar na Justiça do Trabalho não custava nada. Ou seja, reclamava-se tudo, se perder, não custava nada, salvo o movimento de toda uma complexa engrenagem pública envolvendo custos materiais, temporais e pessoais. Agora é diferente. Existe a sucumbência no processo do trabalho e a gratuidade, que sempre existiu ampla, foi restringida e passou-se a exigir mais seriedade no trato da coisa pública, embora essas exigências estejam sendo questionadas no Supremo Tribunal Federal.

A razão dessa dificuldade de se conceder gratuidade decorre de fato simples. Ao longo dos anos, o acréscimo de demandas trabalhistas foi grande justamente porque praticamente não havia responsabilidade técnica na procura de direitos.

3 – Alguns pontos destacáveis da reforma

O que a reforma de 2017 trouxe de mudanças mais radicais? Irei apenas indicar 10 dos pontos mais criticáveis das alterações, mesmo porque o espaço não permite que se minudencie cada qual.

1 Todos os dados foram recolhidos deste relatório geral do TST. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/26682/0/Relat%C3%B3rio+Anal%C3%ADtico+e+Indicadores+Reduzido.pdf/04476e8c-2f5b-9d81-e6c9-de581099b8e2>>. Acesso em: 7 jan. 2019.

DOCTRINA

a) AUTÔNOMO – trata-se da consagração legal do triste fenômeno da pejotização, representado pela regra inserta no art. 442-A da CLT. Cria uma estranhíssima exclusividade, mas não sugere existir relação de emprego, afora atribuir à vontade individual a negociação das condições de trabalho, como, inclusive, se repete em outras situações.

b) DANO EXTRAPATRIMONIAL – criaram-se critérios objetivos para pretender uma avaliação subjetiva, o que é evidente paradoxo. Identificaram-se expressamente *os bens* do trabalhador, mas apenas são indicados *uns bens* do patrão. Por outro lado, utiliza-se o salário do empregado para sua tarifação, o que dificulta qualquer forma de quantificação correta. A matéria está tratada, e mal, nos arts. 223-A a 223-G da CLT.

c) DISPENSA COLETIVA – são adotados critérios altamente prejudiciais ao trabalhador, máxime porque exclui a possibilidade de qualquer negociação prévia e afasta a participação dos sindicatos (art. 477-A da CLT).

d) CONTRIBUIÇÃO SINDICAL – passou a ser facultativa (art. 578 da CLT) e o STF já decidiu ser constitucional a mudança (ADI 5.794/DF, de 29.06.2018). Os sindicatos devem buscar mecanismos para atuar com mais eficiência, menos preocupação, apenas com reajuste salarial. Tenho sustentado que é preciso que as entidades sindicais realizem *conquistas* para seus associados, incentivando a filiação sindical. E, observo, obter conquistas não significa defender *direitos e interesses* da categoria (art. 8º, III, da Constituição).

e) EMPREGADO HIPERSUFICIENTE – uma criação extremamente injusta que considera hipersuficiente quem ganha mais de duas vezes o maior salário benefício da Previdência Social, que importa em pouco mais de R\$ 11.000,00 (menos de € 3.000,00), e seja portador de diploma de nível superior, consoante o parágrafo único do art. 444 da CLT. O mais preocupante é deixar à livre negociação entre patrão e empregado as condições de seu contrato, sem qualquer assistência sindical, inclusive para os fins do art. 611-A consolidado.

f) NORMA COLETIVA – os critérios para interpretar normas coletivas podem violar os princípios que informam o Direito do Trabalho ao garantir prevalência quase absoluta do negociado sobre o legislado (art. 8º da CLT). Devem ser examinados apenas os elementos essenciais ao negócio jurídico (art. 104 do Código Civil), devendo a Justiça do Trabalho interferir minimamente na autonomia da vontade coletiva. Nesse passo, será indispensável uma futura e necessária reforma sindical no Brasil.

g) TELETRABALHO – a legislação anterior à reforma de 2017 tratava apenas da igualdade de tratamento para o trabalho presencial e virtual (art. 6º,

parágrafo único, da CLT). As novas disposições (arts. 75-A a 75-F da CLT), porém, regulam o teletrabalho, mas incorrem pelo menos em dois grandes equívocos: 1) não foi considerada a possibilidade de o teletrabalhador cumprir sobrejornada; 2) tenta isentar de responsabilidade o empregador por qualquer dano que o empregado, por sua atividade, vier a sofrer.

h) TRABALHO INTERMITENTE – é novidade no Brasil (art. 443, § 3º, da CLT), e diferente do praticado em Portugal e na Itália. Apresenta critérios problemáticos, inclusive férias anuais não remuneradas, e que deverão ser reavaliados no dia a dia de sua prática, embora, este *zero-hour contract* tenha, num certo aspecto, tentado resolver o problema do chamado *bico*.

i) TERCEIRIZAÇÃO – a Suprema Corte brasileira entendeu constitucional terceirizar todas as atividades, meio, inerente e fim, (ADPF 324/DF, de 30.08.2018), e a matéria tem sido objeto de diversas críticas. É importante ressaltar que a terceirização não é tratada na CLT, mas em legislação extravagante e, embora estivesse sendo discutida em projeto de lei específico, terminou incorporada à Lei nº 13.467/2017, acrescentando dispositivos à Lei nº 6.019/74, que, originalmente, cuida de trabalho temporário.

j) HONORÁRIOS E GRATUIDADE – todos os perdedores pagam honorários e a gratuidade depende de comprovação efetiva. Essas são as novas regras na Justiça do Trabalho. Os honorários sucumbenciais agora existem no Judiciário trabalhista, conforme o art. 791-A consolidado. A gratuidade do acesso à Justiça, por sua vez, passou a sofrer restrições para ser reconhecida, sendo exigida a prova efetiva de insuficiência de recursos para pagamento de custas (art. 790, § 4º, da CLT) e diversas restrições para não arcar com a sucumbência (art. 791-A, § 4º, da CLT). A simples declaração de miserabilidade, sem qualquer espécie de prova, não é mais possível, o que, em certo aspecto, gera maior grau de responsabilidade para quem deseja acionar o Judiciário.

4 – A dignidade humana e as mudanças

Essa dezena de pontos comentados permite indagar: como fica, enfim, o princípio da dignidade humana ante as mudanças verificadas?

Vivemos o dilema de ter ou não ter emprego. Convivemos com emprego, desemprego, subemprego, informalidade. Dizia-se que a sociedade identificou a existência de excluídos, como sendo aqueles que estão à sua margem. Anos atrás, no Brasil, escrevi e disse várias vezes que o problema não são os *excluídos*, que podem ser incluídos por alguma forma. O dramático são os *esquecidos*, justo os que não são lembrados em nenhum momento, as pessoas que estão abaixo

da linha de pobreza, os que estão na pobreza extrema, os verdadeiramente miseráveis, os invisíveis ao que chamamos *sociedade*².

A taxa de desemprego no Brasil no 4º trimestre de 2018 era de 11,6%, representando 12,2 milhões de pessoas. A taxa de subutilização era de 23,9% (27,0 milhões). Os desalentados, os que desistiram de procurar emprego, representavam 9,9% (4,7 milhões)³. Esses números desesperam. As garantias para o trabalhador estão mais fracas e a tendência é o gradual enfraquecimento.

Os direitos sociais, os de 2ª geração, possuem significação indiscutível para a vida da humanidade. Nessa linha, devemos considerar que a atual Constituição consagra o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República do Brasil, e manter dignidade é manter a integridade moral, evitar que seja atacada ou afrontada a honra da pessoa. Kant dizia que dignidade não tem preço e não se pode substituir por outro bem equivalente.

Poderíamos caminhar pelo princípio da mutação constitucional e pensar que o poder constituinte difuso, no exercício desse princípio, poderia dar mais efetividade aos direitos fundamentais, no sentido de reinterpretar direitos. Existe um minucioso e tortuoso caminho para modificar a Constituição brasileira, sendo mais fácil mudar as leis subjacentes (art. 60, § 2º, da Constituição), embora nesses trinta anos tenha sofrido mais de uma centena de alterações. Para superar essa aparente dificuldade, pode ser adotado o princípio da mutação constitucional, reinterpretando antigos institutos. E o Excelso Pretório já utilizou esse princípio pelo menos em duas oportunidades: ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF.

Provavelmente, teremos mudanças no Brasil nos próximos meses. A primeira já ocorreu, através da Medida Provisória nº 870, de 01.01.2019, extinguindo o Ministério do Trabalho e incorporando suas atividades em diversos Ministérios, nomeadamente os da Economia (art. 31) e da Justiça e Segurança Pública (art. 37). Outras alterações legislativas devem surgir.

Uma referência do atual Presidente da República sobre uma possível extinção da Justiça do Trabalho acredito que não passará de simples comentário. Extinguir a Justiça do Trabalho não significará acabar com as ações judiciais sobre matéria trabalhista, seja porque o acesso à justiça não pode ser negado (art. 5º, n. XXXV, da Constituição), seja porque existe um grande acervo de processos que teria que ser redistribuído, e toda uma gigantesca estrutura física

2 Cf. aponte em: *Globalização do trabalho*: rua sem saída. São Paulo, LTr, 2001. p. 42-43.

3 Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23466-pnad-continua-taxa-de-desocupacao-e-de-11-6-e-taxa-de-subutilizacao-e-de-23-9-no-trimestre-encerrado-em-novembro-de-2018>>. Acesso em: 6 jan. 2019.

DOCTRINA

e de pessoal teria que ser transferida para outro segmento do Judiciário. Ou seja, os males que se atribui à Justiça do Trabalho não são dela. São do mal pagador, dos violares dos direitos sociais, dos que não cumprem suas obrigações, e dos que não as cumprem de ambos os lados.

A meu ver, vivemos um mundo novo e ainda desconhecido do brasileiro mediano. Caminhamos para superar dificuldades, mas precisamos de paciência, responsabilidade, ética e compreensão.

De qualquer forma, em qualquer circunstância, a CLT deve ser preservada, ajustada, quando couber e no que couber, porque inerente à vida de gerações de brasileiros, e a reforma trabalhista que se operou, e quantas vierem a se operar, jamais poderão significar violação da dignidade humana, cabendo, nesse particular, ao Judiciário, ajustar os eventuais danos para, efetuando as correções, dar tranquilidade e paz a todos.

As modernidades do mundo globalizado em que todos vivemos não devem ser motivo de destempero e ensejar a fragmentação da sociedade. Devemos usar a tecnologia da informação para promover a melhoria das relações humanas futuras.

Está aí a inteligência artificial. Não será a solução dos problemas da humanidade. Apenas mais um complicador. Convivemos com ela e mal percebemos, no identificador de voz, na leitura ótica, na biometria. O desemprego estrutural, por corolário, vai aumentar, profissões vão desaparecer, como desapareceram no passado, e outras surgirão em breve (analista de redes sociais, gerontólogo, consultor de sustentabilidade, *game designer*), como também surgiram no passado próximo (engenheiro de segurança, engenheiro de *software*, influenciador digital, *web designer*). É o ciclo das vidas, de ambas, a natural e a artificial.

Quando nos defrontamos com essa inteligência artificial, hodiernamente, constatamos que certamente o grande problema que enfrentamos é o da ausência de sentimentos. Será que o homem (criador) poderá introduzir nesse sistema também os sentimentos humanos? Será possível cogitar de sentimentos artificiais?

Imagino que isso não demorará muito. A minha geração criou, mas a disseminação dessa inteligência artificial ainda é incipiente e não nos atingirá vivamente. Os atingidos serão nossos filhos e netos e os que vierem após.

Porém, ninguém dirá que não poderá haver sentimentos artificiais. Não tenho mais dúvidas de que a ficção científica, tão falada e reconhecida, não existe. O que aprendemos a chamar de ficção é apenas a antecipação do futuro. Alhures, indaguei sobre o que seria passado, presente e futuro. O uso dessas

DOCTRINA

três palavras irá continuar e seu sentido permanecerá como coloquialmente entendemos: o passado é o distante certo que ficou para trás; o presente é o atual presumido que atravessamos; o futuro é o amanhã incerto que sonhamos.

É nesse mesmo mundo que as facilidades do uso de aplicativos tiraram a graça da vida. Nem mais o momento de ansiedade do parto, para saber se *é menino ou menina*, permaneceu, porque acabou, e não escapou a esses *monstros* tecnológicos. Meses antes do nascimento já se sabe até a cor dos olhos do futuro habitante deste planeta.

Tratei, no início desta exposição, de uma nova era, e assim entendo que será. O futuro fixará seu início: 1945, com as explosões da Bomba H, em Hiroshima e Nagasaki (uma idade nuclear); 1946, com a criação do primeiro computador digital; 1961, quando Gagarin anunciou que *a Terra é azul*; 1969, com a chegada de Armstrong à Lua, dando um pequeno salto para um grande passo. Não tem importância neste momento.

O que se verifica, ao cabo, e que todas as questões que estão no entorno do direito disruptivo, são aspectos preocupantes, e que pretendi, limitadamente, esclarecer, dentro do mundo do Direito, alguns pontos e reduzir, ou minimizar, alguns dos nossos infinitos questionamentos humanos.

Desejo, ao encerrar, reproduzir para nossa reflexão futura pensamento do sempre lembrado físico Stephen Hawking: “Pouco acontecerá nos próximos cem anos, e é tudo que podemos prever com confiança. Mas, ao final do milênio seguinte, se chegarmos lá, a mudança será fundamental”⁴.

Recebido em: 23/04/2019

Aprovado em: 24/04/2019

4 HAWKING, Stephen. *Breves respostas para grandes questões*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018. p. 187.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DANO EXISTENCIAL DECORRENTE DE DOENÇAS E ACIDENTES DO TRABALHO À LUZ DAS RECENTES ALTERAÇÕES NA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA

BRIEF CONSIDERATIONS ON EXISTENTIAL DAMAGE ARISING FROM DISEASES AND ACCIDENTS AT WORK IN THE LIGHT OF RECENT CHANGES IN LABOR LAW

João Batista Martins César*

Carlos Eduardo Monti Junior**

RESUMO: A doença e o acidente do trabalho acarretam sérias repercussões negativas não apenas na vida do trabalhador, mas em sua família, na empresa e na sociedade como um todo. Diante desse contexto, analisa-se a possibilidade de esses fatos ensejarem a responsabilização do empregador pelo dano existencial. Para tanto, conceitua-se o dano existencial, com a exposição dos requisitos necessários para a sua configuração. Por fim, analisa-se o dano existencial na novel legislação trabalhista.

PALAVRAS-CHAVE: Acidente de Trabalho. Responsabilidade Civil. Dano Existencial. Reforma Trabalhista.

ABSTRACT: The accident at work is an event that has serious negative repercussions, especially in the life of the worker. In view of this context, the possibility of causing existential damage from the labor claim is analyzed. For this, the existential damage is conceptualized, with the exposure of the necessary requirements for its configuration. Finally, the existential damage in the novel labor legislation is analyzed.

KEYWORDS: Work Accident. Civil Responsibility. Existential Damage. Reform of Labor Legislation.

1 – Notas introdutórias

Nas relações laborais, poucas questões conseguem agregar esforços em torno da busca de um resultado comum tal qual o acidente de trabalho é capaz. Trabalhadores e Empregadores, Sindicatos e Auditoria Fiscal

* *Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região – Campinas; mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba – Unimep; especialista pelo Instituto Europeu de Relações Industriais – Os Direitos Fundamentais inespecíficos do trabalhador na empresa – Sevilha-Espanha; professor na Faculdade de Direito de Sorocaba – FADI.*

** *Advogado; bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Sorocaba.*

do Trabalho, Ministério Público do Trabalho e Justiça do Trabalho, enfim, todos os entes e instituições, mesmo com as suas peculiaridades e modo próprio de operar o Direito do Trabalho, parecem convergir no intento de eliminar as ocorrências de sinistros relacionados ao trabalho. Até mesmo os maus empregadores (entendidos aqui como os que não possuem consciência da função social da empresa e do trabalho), talvez com o argumento pouco louvável de evitar gastos com as reparações advindas do evento danoso, não almejam ocorrência de acidentes do trabalho.

Tal união de interesses em relações essencialmente conflitantes, como são as relações de trabalho, não se dá por acaso. Funda-se na capacidade danosa que o acidente de trabalho apresenta, haja vista que todos os atores referidos alhures são atingidos, direta ou indiretamente.

No aspecto do trabalhador, os danos em potencial são múltiplos. Danos materiais – compreendidos em dano emergente e lucro cessante; danos imateriais – danos morais, danos estéticos, danos pela perda de uma chance e danos existenciais.

O prejuízo social decorrente de acidente de trabalho é incomensurável, estima-se que: no mundo, sejam 317 milhões de acidentes a cada ano. De um total de 2,34 milhões de mortes relacionadas ao trabalho, 321 mil se devem a acidentes, 2,02 milhões de mortes são causadas por diversos tipos de enfermidades relacionadas com o trabalho, o que equivale a uma média diária de mais de 5.500 mortes. Cerca de 160 milhões de pessoas sofrem de doenças não letais relacionadas com o trabalho e 317 milhões de pessoas sofrem acidentes laborais não mortais¹.

No Brasil, em 2013, pelos dados da Previdência Social, morreram 2.797 trabalhadores, um a cada três horas². Foram 717 mil acidentes de trabalho, 16 mil trabalhadores ficaram incapacitados permanentemente.

O Brasil é a quarta nação do mundo que mais tem acidentes de trabalho, atrás apenas da China, Índia e Indonésia³.

1 Disponível em: <<http://nacoesunidas.org/oit-um-trabalhador-morre-a-cada-15-segundos-por-acidentes-ou-doencas-relacionadas-ao-trabalho/>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

2 Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/acidente-mata-um-trabalhador-cada-tres-horas-no-brasil-16508980#ixzz4tj7wI8AG>>. Acesso em: 15 mar. 2019. Veja o gráfico de acidentes no seguinte endereço eletrônico: <<http://infograficos.oglobo.globo.com/economia/o-quadro-da-inseguranca-no-trabalho.html>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

3 Disponível em: <http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/economia/2017/06/05/inter_nas_economia,707235/no-brasil-700-mil-pessoas-sofrem-acidente-de-trabalho-a-cada-ano.shtml>. Acesso em: 20 mar. 2019.

Segundo Marco Antônio Perez, diretor do Departamento de Políticas de Saúde e Segurança Ocupacional do Ministério da Previdência Social, de 12 a 15% de todos os benefícios da Previdência Social são de cunho acidentário⁴⁻⁵.

A Organização Internacional do Trabalho – OIT – estima que os acidentes de trabalho custam cerca de 4% do PIB (Produto Interno Bruto) mundial em termos de dias perdidos, gastos com saúde, pensões, reabilitação e reintegração⁶. Considerando-se que o Produto Interno Bruto Brasileiro (PIB) foi de R\$ 6,266 trilhões em 2016, percebe-se quanto o país acaba perdendo com os acidentes e doenças do trabalho.

Nessa dimensão, tem-se a necessidade de uma tutela efetiva dos direitos da personalidade do trabalhador, sem, no entanto, banalizar os institutos de proteção do patrimônio imaterial do ser humano.

Nesse contexto, o presente artigo terá o intento de analisar a aplicação do dano existencial nas hipóteses de acidente e de doenças do trabalho.

2 – O dano existencial

A Constituição da República de 1988, no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais – art. 5º, inciso V, dispôs que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”, bem como dispôs no inciso X, do mesmo artigo, que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Promoveu-se, assim, a autonomia da indenização do dano imaterial.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou a Súmula nº 37, que dispôs: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

O atual Código Civil consolidou a questão ao preconizar no art. 186: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato

4 Disponível em: <<http://www.prt15.mpt.mp.br/component/content/article?id=334:no-senado-mpt-participa-de-audiencia-publica-sobre-acidente-de-trabalho>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

5 De 2010 a 2013, o INSS ingressou com 2.319 ações regressivas, com o escopo de ressarcir aos cofres públicos o valor de R\$ 411 milhões. Disponível em: <http://www.protecao.com.br/noticias/acidentes_do_trabalho/empresas_devem_restituir_valor_de_acidentes_de_trabalho_ao_inss/A5jaJ9ji>. Acesso em: 20 mar. 2019.

6 Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2017-04/acidentes-de-trabalho-matam-23-milhoes-de-pessoas-por-ano-no-mundo-diz>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

ilícito”. O mesmo *Codex*, no art. 927, prevê que: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, com o que se estabeleceu a possibilidade de reparação do dano imaterial, tanto isolada, como cumulativamente com o dano material (ou patrimonial).

Como dizia Caio Mário da Silva Pereira: “toda lesão, a qualquer direito, tem como consequência a obrigação de indenizar”⁷.

Por seu turno, Amaro Alves de Almeida Neto afirma que:

“É mister então deixar claro que o patrimônio do indivíduo não é formado apenas pelos seus bens suscetíveis de transformação em dinheiro. O patrimônio do indivíduo é muito mais do que isso, é a universalidade de interesses que compõem a existência do ser humano, composta por seus bens materiais, móveis e imóveis, e por seus bens imateriais.

A rigor, quando se diz que o dano material deve ser reparado porque atinge um bem de uma pessoa, estaria mais correto afirmar que a reparação é devida porque o dano material atingiu um interesse da pessoa; o que realmente importa é a perda daquilo que ele nos propiciava de bom, de útil, de prazer, etc.”⁸

Pode-se inferir, porquanto, que “dano” corresponde a todo prejuízo que o sujeito de direitos sofra, ou – iminentemente – possa vir a sofrer, por meio da ofensa aos seus bens jurídicos, sejam eles patrimoniais ou morais.

Dentre os bens jurídicos da seara moral, encontra-se o princípio maior da dignidade da pessoa humana e, por corolário, o direito a uma existência digna.

E quando se fala em dignidade da pessoa humana é sempre bom ter em mente que toda pessoa deve ser considerada como um fim em si mesma, nunca como um meio, assim, nenhum ser humano deveria ser coisificado ou instrumentalizado como meio para o lucro fácil, conforme a visão de Immanuel Kant⁹.

Nesse viés, Almeida Neto assevera: “Quando, portanto, se afirma o respeito à dignidade da pessoa humana, está sendo afirmado o indispensável respeito a uma existência digna do ser humano, o que, como visto, é a mesma coisa”¹⁰.

7 PEREIRA, Caio Mário Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 60.

8 ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 6, n. 24, p. 5-6, out./dez. 2005.

9 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 67-68.

10 ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 6, n. 24, p. 10, out./dez. 2005.

DOCTRINA

Diante da necessidade de proteger o direito à existência digna, surgiu, na Itália, a semente do que atualmente se denomina dano existencial, como demonstra, sumariamente, Almeida Neto:

“Havia uma evidente lacuna na lei que necessitava de pronta intervenção a fim de que injustiças fossem evitadas, notadamente no que dizia respeito à tutela dos danos que limitavam ou que impediam definitivamente a pessoa na prática das atividades diárias, nas atividades do cotidiano.

Assim, desde o início dos anos 1960, a doutrina italiana, aumentando o leque de espécies de dano, sempre visando à orientação do intérprete, classificou uma nova espécie de dano injusto causado à pessoa, que foi então chamado de *danno alla vita di relazione* [dano à vida de relação], dano ao relacionamento em sociedade, à convivência, que não atinge diretamente, mas indiretamente, a capacidade laborativa – a capacidade de obter rendimentos – da vítima.”¹¹

Entretanto, o *danno alla vita di relazione*, em sua origem, sempre se vinculava a algum fator patrimonial, no sentido de se exigir do ofendido, “além da evidência do sofrimento do problema físico ou psíquico, a prova de que, em razão do mesmo fato, sofrera uma diminuição na capacidade de obter rendimentos”¹².

Assim, obtempera o autor supracitado:

“As discussões que se seguiram em torno do reconhecimento do dano à vida de relação propiciaram significativo avanço no campo da responsabilidade civil no direito italiano e, inegavelmente desses estudos se originaram as linhas mestras do que hoje se conhece como dano existencial; este, a bem da verdade, constitui uma ampliação do conceito de dano à vida de relação, com o acréscimo de que para sua configuração não é necessário que o prejuízo tenha repercussão econômica para a vítima. Deu-se ênfase, destarte, ao princípio segundo o qual toda pessoa tem o direito de não ser molestada na sua existência, em suma, a viver com dignidade, o que inclui o direito de não ser coartada na prática das suas atividades recreativas, praticadas em busca de lazer, em busca da paz de espírito, mesmo que disso tudo não resulte um déficit na sua capacidade

11 *Ibidem*, p. 17.

12 *Ibidem*, p. 19.

DOCTRINA

laborativa ou de produzir quaisquer rendimentos, como o exigia a exegese do dano à vida de relação.”¹³

Tem-se então a figura do dano existencial, “un daño que trunca el proyecto de vida, que impide, en consecuencia, que la persona desarrolle libremente su personalidad (...)”¹⁴.

Na doutrina de Flaviana Rampazzo Soares, a definição de dano existencial é a seguinte:

“O dano existencial é a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou a ordem social. É uma afetação negativa, total ou parcial, permanente ou temporária, seja a uma atividade, seja a um conjunto de atividades que a vítima do dano, normalmente, tinha como incorporado ao seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, precisou modificar em sua forma de realização, ou mesmo suprimir de sua rotina.”¹⁵

Nos ensinamentos de Júlio César Bebbber, tem-se que:

“Por dano existencial (também chamado de dano ao projeto de vida ou *prejudice d'agrément* – perda da graça, do sentido) compreende-se toda lesão que compromete a liberdade de escolha e frustra o projeto de vida que a pessoa elaborou para sua realização como ser humano. Diz-se existencial exatamente porque o impacto gerado pelo dano provoca um vazio existencial na pessoa que perda a fonte de gratificação vital. Por projeto de vida entenda-se o destino escolhido pela pessoa, o que decidiu fazer com a sua vida. O ser humano, por natureza, busca sempre extrair o máximo das suas potencialidades. Por isso, as pessoas permanentemente projetam o futuro e realizam escolhas no sentido de conduzir sua existência à realização do projeto de vida. O fato injusto que frustra esse destino (impede a sua plena realização) e obriga a pessoa a resignar-se com o seu futuro é chamado de dano existencial.”¹⁶

Compreende-se, assim, que a marca fundamental da referida espécie de dano imaterial é a alteração substancial nas atividades costumeiras da vítima.

13 *Idem*.

14 SESSAREGO, Carlos Fernandez. Protección a la persona humana. *Ajuris – Revista da Associação dos Juizes de Direito do Rio Grande do Sul*, n. 56, p. 87-142, nov. 1992.

15 SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 44.

16 BEBBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial) – breves considerações. *Revista LTR: Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 73, n. 1, p. 28, jan. 2009.

A existência do indivíduo, nas coisas mais simples e quotidianas, é consideravelmente afetada, de tal modo que diminui a sua qualidade de vida¹⁷.

A doutrina elenca dois elementos específicos do dano existencial, além da tríade habitual da responsabilidade civil – ato ilícito, dano e nexo causal: (a) o projeto de vida; e (b) a vida de relações¹⁸.

Acerca do projeto de vida, Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho e Rúbia Zanotelli Alvarenga¹⁹ dizem que:

“(...) o direito ao projeto de vida somente é efetivamente exercido quando o indivíduo se volta à própria autorrealização integral, direcionando sua liberdade de escolha para proporcionar concretude, no contexto espaço-temporal em que se insere, às metas, aos objetivos e às ideias que dão sentido à sua existência.”²⁰

No que concerne ao dano à vida de relações, Amaro Alves de Almeida Neto, citado por Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho e Rúbia Zanotelli Alvarenga²¹, define como “a ofensa física ou psíquica a uma pessoa que determina uma dificuldade ou mesmo a impossibilidade do seu relacionamento com terceiros, o que causa uma alteração indireta na sua capacidade de obter rendimentos²²”.

Diante da breve apresentação do dano existencial, analisar-se-á a sua aplicação no âmbito do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho.

3 – A aplicação do dano existencial na Justiça do Trabalho

Os tribunais trabalhistas estão, ainda que de modo tímido, reconhecendo a figura do dano existencial nas relações de trabalho. O Tribunal Regional

17 Nesse sentido, o Proyecto de Código Civil (LGL\2002\400) y Comercial argentino, Dec. 191/2011, em seu art. 1.738, ao tratar da indenização, prevê consequências na violação dos direitos personalíssimos da vítima, de sua integridade pessoal, de sua saúde psicofísica, de suas afeições espirituais legítimas e naquelas que resultam da interferência em seu projeto de vida.

18 FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. *Revista Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, v. 24, p. 275, 2010.

19 BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *O dano existencial e o direito do trabalho*. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_24160224_O_DANO_EXISTENCIAL_E_O_DIREITO_DO_TRABALHO.aspx>. Acesso em: 26 abr. 2017.

20 FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. *Revista Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, v. 24, p. 276, 2010.

21 BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *O dano existencial e o direito do trabalho*. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_24160224_O_DANO_EXISTENCIAL_E_O_DIREITO_DO_TRABALHO.aspx>. Acesso em: 1º ago. 2018.

22 ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 6, n. 24, p. 52, out./dez. 2005.

do Trabalho do Rio Grande do Sul, em decisão relatada pelo Desembargador Federal do Trabalho José Felipe Ledur, estabeleceu o pagamento de indenização à trabalhadora que fora vítima de dano existencial, por ter trabalhado em sobrejornada excedente ao limite de tolerância. Segue o aresto:

“DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTRA EXCEDENTE DO LIMITE LEGAL DE TOLERÂNCIA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. O dano existencial é uma espécie de dano imaterial, mediante o qual, no caso das relações de trabalho, o trabalhador sofre danos/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo tomador do trabalho. Havendo a prestação habitual de trabalho em jornadas extras excedentes do limite legal relativo à quantidade de horas extras, resta configurado dano à existência, dada a violação de direitos fundamentais do trabalho que integram decisão jurídico-objetiva adotada pela Constituição. Do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana decorre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, nele integrado o direito ao desenvolvimento profissional, o que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais também pelos empregadores (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Recurso provido.” (TRT da 4ª R., RO 105-14.2011.5.04.0241, Rel. Des. José Felipe Ledur, 1ª Turma, Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Porto Alegre, 3 jun. 2011)

No TRT da 15ª Região, encontra-se acórdão relatado pelo Desembargador João Batista Martins César, nos autos do Processo 0011262-69.2014.5.15.0015, que está assim ementado:

“DANO EXISTENCIAL. MOTORISTA. JORNADA EXAUSTIVA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. 1. A limitação da jornada de trabalho, duramente conquistada pelos movimentos operários dos séculos XVIII e XIX – e que, inclusive, impulsionaram a própria criação de regramentos trabalhistas por todo o mundo –, tem como objetivo precípua preservar a saúde do trabalhador, cumprindo inegável função social. 2. No presente caso, dada a função realizada pelo autor (motorista carreteiro), a limitação de jornada também se direciona à proteção dos cidadãos genericamente considerados, pois por estafa e fadiga, sujeitam-se naturalmente a um maior risco de sofrer acidentes. Certamente que, numa escala de vulnerabilidade, os caminhões (veículo dirigido pelo reclamante) apresentam-se como poderosas armas contra os veículos de pequeno porte, motocicletas, bicicletas e pedestres. 3. Não se pode admitir, sob qualquer hipótese ou fundamento, que em pleno século XXI trabalhadores sejam submetidos a

DOCTRINA

uma jornada desgastante, mormente por se tratar de atividade de extremo risco. 4. A jornada excessiva afasta o trabalhador do convívio social, desestrutura sua família, acarreta doenças e, por outro lado, presta-se a um aumento tresloucado de lucro que raramente é repassado ao empregado. 5. Indenização devida. Recurso a que nega provimento.”

O Tribunal Superior do Trabalho, nos autos do Processo RR 523-56.2012.5.04.0292, absolveu a RBS – Zero Hora Editora Jornalística S.A. da condenação ao pagamento de indenização por dano existencial a um entregador de jornal que trabalhava em sobrejornada, com o argumento de que o obreiro não demonstrou eficazmente o dano existencial, no sentido de que seu projeto de vida foi prejudicado pela obrigação de trabalhar em jornada excessiva.

A limitação da jornada de trabalho é uma grande conquista histórica da classe trabalhadora, por meio dos movimentos operários dos séculos XVIII, XIX e XX, que ensinaram a aprovação de normas por todo o mundo, tem como objetivo precípuo preservar a saúde do trabalhador, cumprindo inegável função social, ao permitir que, além do trabalho, possa exercer outras atividades familiares, lúdicas, religiosas, educativas, etc.

A jornada excessiva afasta o trabalhador do convívio social, desestrutura sua família, acarreta doenças e, por outro lado, presta-se a um aumento tresloucado de lucro que raramente é repassado ao empregado.

Ressalte-se que a Instrução Normativa nº 91 do (antigo) Ministério do Trabalho e Emprego, ao dispor sobre a fiscalização para a erradicação do trabalho em condição análoga à de escravo, estabelece:

“Art. 3º Para os fins previstos na presente Instrução Normativa, considera-se trabalho realizado em condição análoga à de escravo a que resulte das seguintes situações, quer em conjunto, quer isoladamente:

(...)

II – A submissão de trabalhador a jornada exaustiva;

(...)

§ 1º As expressões referidas nos incisos de I a VI deverão ser compreendidas na forma a seguir:

(...)

b) ‘jornada exaustiva’ – toda jornada de trabalho de natureza física ou mental que, por sua extensão ou intensidade, cause esgotamento das capacidades corpóreas e produtivas da pessoa do trabalhador, ainda que

DOCTRINA

transitória e temporalmente, acarretando, em consequência, riscos a sua segurança e/ou a sua saúde.”

O homem deve trabalhar para viver. Jamais o contrário. Se é certo que o trabalho dignifica o homem, também é certo que o trabalho excessivo, realizado em jornada extenuante, fere a dignidade humana, impedindo o trabalhador de se autodeterminar.

Mais uma vez, deve-se lembrar da máxima kantiana de consideração do ser humano como fim, nunca como meio para o atingimento de objetivos. Por esse motivo é que se fala em dignidade como possibilidade de autodeterminação.

Condutas abusivas e exploratórias não podem ser respaldadas pelo Judiciário, haja vista a existência de cláusulas impeditivas de retrocessos sociais, exemplo dos incisos insertos no art. 1º da CR/88.

Não se trata de mero dissabor, aborrecimento ou frustração, mas de verdadeiro malferimento da dignidade da pessoa humana, em sua mais abrangente acepção.

De fato, a jornada excessiva leva a um sofrimento íntimo do trabalhador, que se vê coisificado, transformado num escravo dos novos tempos, que de novo nada tem, já que se retorna aos primórdios da revolução industrial. O operário não tem vida social, nem familiar, só vive para o trabalho.

Será que ainda voltaremos a escutar os protestos dos trabalhadores no sentido de: “Eight hours to work, Eight hours to play, Eight hours to sleep, Eight shillings a day?”²³. Prefere-se crer que não.

Recentemente, o colendo Tribunal Superior do Trabalho proferiu a seguinte decisão de lavra do Ministro Mauricio Godinho Delgado:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOBA ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014. 1. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. CONFIGURAÇÃO. PRESTAÇÃO EXCESSIVA, CONTÍNUA E DESARRAZOADA DE HORAS EXTRAS. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA Nº 126/TST. 2. VALOR ARBITRADO. CRITÉRIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE OBSERVADOS. O excesso de jornada extraordinária, para muito além das duas horas previstas na Constituição e na CLT, cumprido de forma habitual e por longo período, tipifica, em tese, o dano existencial, por configurar manifesto comprometimento do tempo

23 RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 1991. p. 272.

útil de disponibilidade que todo indivíduo livre, inclusive o empregado, ostenta para usufruir de suas atividades pessoais, familiares e sociais. A esse respeito é preciso compreender o sentido da ordem jurídica criada no país em cinco de outubro de 1988 (CR/88). É que a Constituição da República determinou a instauração, no Brasil, de um Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF), composto, segundo a doutrina, de um tripé conceitual: a pessoa humana, com sua dignidade; a sociedade política, necessariamente democrática e inclusiva; e a sociedade civil, também necessariamente democrática e inclusiva (*Constituição da República e direitos fundamentais*: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015. Capítulo II). Ora, a realização dos princípios constitucionais humanísticos e sociais (inviolabilidade física e psíquica do indivíduo; bem-estar individual e social; segurança das pessoas humanas, ao invés de apenas da propriedade e das empresas, como no passado; valorização do trabalho e do emprego; justiça social; subordinação da propriedade à sua função social, entre outros princípios) é instrumento importante de garantia e cumprimento da centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica, concretizando sua dignidade e o próprio princípio correlato da dignidade do ser humano. Essa realização tem de ocorrer também no plano das relações humanas, sociais e econômicas, inclusive no âmbito do sistema produtivo, dentro da dinâmica da economia capitalista, segundo a Constituição da República Federativa do Brasil. Dessa maneira, uma gestão empregatícia que submeta o indivíduo a reiterada e contínua jornada extenuante, que se concretize muito acima dos limites legais, por doze horas diárias, por exemplo, em dias sequenciais, agride todos os princípios constitucionais acima explicitados e a própria noção estruturante de Estado Democrático de Direito. Se não bastasse, essa jornada gravemente excessiva reduz acentuadamente e de modo injustificável, por longo período, o direito à razoável disponibilidade temporal inerente a todo indivíduo, direito que é assegurado pelos princípios constitucionais mencionados e pelas regras constitucionais e legais regentes da jornada de trabalho. Tal situação anômala deflagra, assim, o dano existencial, que consiste em lesão ao tempo razoável e proporcional, assegurado pela ordem jurídica, à pessoa humana do trabalhador, para que possa se dedicar às atividades individuais, familiares e sociais inerentes a todos os indivíduos, sem a sobrecarga horária desproporcional, desarrazoada e ilegal, de intensidade repetida e contínua, em decorrência do contrato de trabalho mantido com o empregador. Na hipótese, o Tribunal Regional, com alicerce no conjunto fático-probatório produzido nos autos, refor-

mou a sentença para acolher o pleito reparatório, por constatar, diante da jornada de trabalho fixada, que ‘a situação vivida pelo autor lhe causou angústia e sofrimento, sendo a reparação por danos morais medida que se impõe’. Desse modo, comprovado que a Reclamada submetia o Autor a jornadas de trabalho excessivas, ultrapassando sobremaneira o limite extraordinário de duas horas diárias do art. 59 da CLT, compreende-se que, de fato, as condições de trabalho a que se submeteu o Reclamante atentaram contra a sua dignidade, a sua integridade psíquica e o seu bem-estar individual – bens imateriais que compõem seu patrimônio moral protegido pela Constituição –, ensejando a reparação moral, conforme autorizam o inciso X do art. 5º da Constituição Federal e os arts. 186 e 927, *caput*, do CCB/02. Outrossim, para que se pudesse chegar, se fosse o caso, a conclusão fática diversa, seria necessário o revolvimento do conteúdo probatório constante dos autos, o que fica inviabilizado nesta instância recursal (Súmula nº 126/TST). Agravo de instrumento desprovido.” (AIRR 1332-73.2014.5.12.0059, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, j. 30.08.2017, 3ª Turma, DEJT 01.09.2017)

Além dos exemplos supracitados, destaca-se o caso em que o excesso de jornada – em torno de 14 horas por dia e necessidade do labor aos sábados e domingos – prejudicou o casamento de uma trabalhadora²⁴.

Nota-se que todos os casos expostos se relacionam à aplicação do dano existencial para os casos de jornada excessiva, a qual prejudicou, de algum modo, a existência digna do trabalhador.

Contudo, ainda são raras as notícias de ações individuais pleiteando a reparação por dano existencial decorrente de doença ou acidente de trabalho. Diferentemente, nas ações coletivas, a aplicação de condenações por dano existencial decorrentes dos infortúnios relacionados à saúde e à segurança do trabalhador é mais comumente utilizada.

Nos autos dos Processos 000210672.2013.5.02.0009 e 000271555.2013.5.02.0009, ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Trabalho – Procuradoria Regional de Trabalho da 2ª Região em face de Eternit S/A, a Exma. Sra. Dra. Raquel Gabbai de Oliveira, Juíza da 9ª Vara do Trabalho de São Paulo, em 03.12.2015, acolheu a pretensão do autor, condenando a empresa a pagar, dentre outros pedidos, a: 1) pagar indenização por danos existenciais, no valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), a cada ex-trabalhador que já tenha

24 Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-13/mulher-teve-casamento-prejudicado-trabalho-indenizada>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

recebido diagnóstico de doenças relacionadas ao amianto; 2) pagar indenização por danos existenciais, no valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), a cada familiar diagnosticado com doenças relacionadas ao amianto.

Na sentença, restou consignado que:

“O risco e o adoecimento a que foram expostos os trabalhadores demandam o reconhecimento, também, de danos existenciais. Ora, os ex-trabalhadores diagnosticados já não mais podem gozar de sua vida, planejar e realizar seus desejos como antes, pois a possibilidade de fim da vida (ou de grande limitação, no caso das placas pleurais) os impede de ter projetos pessoais e desenvolvê-los.

A vida familiar, os planos de lazer e de estudos, as atividades de convívio social, todas são afetados pelo diagnóstico. Há clara redução da qualidade de vida e frustração em razão dos projetos de vida que não mais poderão ser realizados como imaginados.”

Nos autos do Processo 0010744-73.2015.5.15.0135, em decisão prolatada pelo Dr. Valdir Rinaldi Silva, 30.12.2017, Juiz titular da 4ª Vara do Trabalho de Sorocaba, em reclamação trabalhista decorrente de gravíssimo acidente de trabalho envolvendo trabalhador adolescente, ficou consignado que:

“Os fatos comprovados nos autos revelam que as lesões sofridas pelo autor e que deixaram sequelas que atingem o direito de existência da pessoa. As sequelas observadas na coluna e pés impedem atividades esportivas e sociais que impedem a convivência normal e provocam inevitável angústia. Nas sequelas urológicas o dano existencial é mais evidente e profundo, mormente a que atingiu a sua capacidade de procriação (ejaculação). Embora não tenha prejudicado instrumentalmente a capacidade de praticar relações sexuais, a inexistência de ejaculação maculou o projeto de constituição familiar do autor, desejo e direito de todo ser humano na perpetuação da espécie.”

As decisões acima mencionadas entenderam que a privação do projeto de vida até então imaginado (familiar, social, profissional, lazer, etc.) frustrou a legítima expectativa do ser humano, causando dano existencial, o qual, no Direito do Trabalho, pode decorrer de extensas jornadas, doenças e acidentes do trabalho.

4 – Distinções entre dano moral e dano existencial

É de suma importância discernir o conceito do dano moral e do dano existencial, a fim de não recair na possibilidade de misturar e confundir o alcance das referidas modalidades de danos imateriais.

DOCTRINA

Em comum, eles têm a característica de serem, como já referido, danos imateriais. Ou seja, danos que não atingem a seara patrimonial/material, mas ferem a dimensão extrapatrimonial, consistente nos direitos da personalidade – a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, dentre outros²⁵.

Diferem, no entanto, acerca do objeto específico. Dano moral afeta, basicamente, os aspectos da dignidade da pessoa humana – a personalidade do indivíduo. Dano existencial influi no projeto de vida e nas relações interpessoais, como já declinado alhures. Esse último se reveste de maior objetividade se comparado com aquele.

Sobre tal diferenciação, preconiza Matteo Maccarone:

“(…) o dano moral é essencialmente um ‘sentir’; o dano existencial é mais um ‘fazer’ (isto é um ‘não mais poder fazer’, um ‘dever agir de outro modo’). O primeiro refere-se quanto à sua natureza ao ‘dentro’ da pessoa, à esfera emotiva; o outro relaciona-se ao ‘exterior’, o tempo e espaço da vítima. No primeiro toma-se em consideração o pranto versado, as angústias; no outro as atenções se voltam para a reviravolta forçada da agenda do indivíduo.”²⁶

Como se referem a objetos diferentes, tais espécies de danos devem ser consideradas de modo autônomo. Autonomia essa necessária no momento da quantificação dos danos, para que não se recaia em dupla punição decorrente de um mesmo dano – tal hipótese caracterizaria, *mutatis mutandis, bis in idem* dos danos imateriais.

A fim de esclarecer com mais precisão no que consiste o dano moral, tem-se o julgado relatado pelo Ministro Mauricio Godinho Delgado, contendo proveitosa explanação e esquematização a respeito do patrimônio moral da pessoa, como se contempla, *in verbis*:

“RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TRATAMENTO VEXATÓRIO E HUMILHANTE. CONFIGURAÇÃO. DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA INVIOABILIDADE PSÍQUICA (ALÉM DA FÍSICA) DA PESSOA HUMANA, DO BEM-ESTAR INDIVIDUAL (ALÉM DO SOCIAL) DO SER HUMANO, TODOS INTEGRANTES DO PATRIMÔNIO MORAL DA PESSOA FÍSICA. DANO MORAL CARACTERIZADO. A conquista e a afirma-

25 Cf. art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988.

26 *Apud* ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 6, n. 24, p. 32, out./dez. 2005.

ção da dignidade da pessoa humana não mais podem se restringir à sua liberdade e intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também a conquista e a afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas no plano cultural – o que se faz, de maneira geral, considerado o conjunto mais amplo e diversificado das pessoas, mediante o trabalho e, particularmente, o emprego. O direito à indenização por dano moral encontra amparo no art. 5º, V e X, da Constituição da República e no art. 186 do CCB/02, bem como nos princípios basilares da nova ordem constitucional, mormente naqueles que dizem respeito à proteção da dignidade humana, da inviolabilidade (física e psíquica) do direito à vida, do bem-estar individual (e social), da segurança física e psíquica do indivíduo, além da valorização do trabalho humano. O patrimônio moral da pessoa humana envolve todos esses bens imateriais, consubstanciados, pela Constituição, em princípios fundamentais. Afrontado esse patrimônio moral, em seu conjunto ou em parte relevante, cabe a indenização por dano moral, deflagrada pela Constituição de 1988. Na hipótese dos autos, diante dos dados colhidos no acórdão regional, forçoso concluir que a imagem do reclamante restou associada ao alegado furto sofrido pelo empregador, com a repercussão do ocorrido no âmbito da empresa, o que lhe gerou transtornos que afetaram seu patrimônio moral. Observe-se que, na esfera trabalhista, não houve prova de efetiva participação do obreiro no alegado furto, tanto é que a sua dispensa pela empresa se deu sem justa causa. Assim, diante da submissão do reclamante a situações que atentaram contra a sua dignidade, a sua integridade psíquica e o seu bem-estar individual – bens imateriais que compõem seu patrimônio moral protegido pela Constituição –, impõe-se o restabelecimento da condenação da reclamada ao pagamento de indenização por danos morais, conforme autorizam o inciso X do art. 5º da Constituição Federal e os arts. 186 e 927, *caput*, do CCB/02. Recurso de revista conhecido e provido.” (TST, RR 18317220145170009, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, j. 16.03.2016, DEJT 22.03.2016)

Nota-se que o Relator diagramou o patrimônio moral em um tripé que não deve ser violado sob pena de surgir a obrigação de reparar tal patrimônio por meio de indenização: a dignidade, a integridade psíquica e o bem-estar individual.

Os propósitos da indenização por danos morais consistem, em primeiro lugar, que o pagamento tenha condições de recompor plenamente o dano sofrido e, em segundo plano, não podendo ser recuperada a situação original do

bem violado, que a reparação pecuniária seja capaz de conceder à vítima uma compensação pela dignidade violada, por sua integridade psíquica abalada e pelo seu bem-estar afetado.

No que toca à indenização pelo dano existencial, conforme já dito, esta visa reparar a destruição total ou parcial de um projeto de vida e das relações do indivíduo.

Distinções essas que muitas vezes não serão fáceis de fazer, cabendo aos atores do processo judicial prezar pela exatidão na descrição dos fatos e da pretensão adequada para cada situação a fim de se obter a tutela jurisdicional específica e apropriada aos interesses dos indivíduos.

5 – Distinções entre perda de uma chance e dano existencial

Relevante, também, apontar as diferenças entre a reparação pela perda de uma chance e o dano existencial.

Perda de uma chance, sumariamente, pode ser entendida como o dano gerado a partir do tolhimento da oportunidade de se obter um ganho ou de evitar um prejuízo. O objeto da reparação não é a vantagem em si, mas o impedimento de se poder adquiri-la. A partir dessa brevíssima explanação, já é possível notar a enorme dificuldade de se quantificar a indenização nesses casos.

Evidenciando o paradoxo que envolve a perda de uma chance, Mariano Yzquierdo Tolsada, citado por Flávio Higa, expõe que:

“Hablar de pérdida de oportunidades implica, por el contra y por definición, hablar de una situación en la que se da aparentemente contradictoria confluencia de dos elementos: la certeza de que, si no hubiese producido el hecho dañoso, el perjudicado habría mantenido la esperanza en el futuro de obtener una ganancia o evitar una pérdida patrimonial; y la incertidumbre definitiva de lo que habría sucedido si no se hubiera producido el evento.”²⁷

Diferente é o dano existencial, em que o objeto da reparação é a existência do indivíduo no aspecto do projeto de vida e das relações interpessoais. Para restar configurada a referida modalidade de dano imaterial, mostra-se desnecessária a averiguação de probabilidades, no sentido de se demonstrar os benefícios perdidos ou os prejuízos obtidos. Para se falar em dano à existência

27 HIGA, Flávio da Costa. *Perda de uma chance no direito do trabalho*. Dissertação de Mestrado. 302 fls. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientador: Estêvão Mallet. São Paulo, 2011. p. 66.

do indivíduo, o pressuposto é que, concretamente, se tenha um abalo negativo no cotidiano da pessoa, impedindo-a de fazer o que outrora fazia.

Logo, nota-se que o dano decorrente da perda de uma chance depende de probabilidade, enquanto o dano existencial se vincula ao contexto de vida. Em outras palavras, naquele, o dano atinge a perda de uma oportunidade que poderia (ou não) se concretizar; neste, o dano atinge a perda de um contexto de vida preexistente à conduta geradora do prejuízo.

6 – Doença e acidente do trabalho como fator gerador do dano existencial

Conforme dispõe o art. 19 da Lei nº 8.213/91,

“(…) acidente de trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.”

Quando o sinistro laboral causar modificações relevantes no projeto de vida do trabalhador, impedindo-o de realizar as mesmas atividades do seu cotidiano, ou seja, obstando-o de cultivar os mesmos hábitos e *hobbies*, é cabível a reparação do dano existencial. Como exemplos, um cozinheiro que no acidente de trabalho vem a perder os movimentos das mãos, um trabalhador que nas horas vagas praticava atividades esportivas e no acidente de trabalho tem de amputar algum membro que o impeça de praticar as mesmas atividades, o trabalhador adoentado ou acidentado que é impedido de tocar na igreja que frequentava ou que tocava um instrumento musical em eventos públicos, o trabalhador que ajudava instituições de caridades e teve esse projeto obstando pelo acidente ou doença, dentre outras situações.

Da mesma forma, quando o fatídico vier a influir consideravelmente nas relações pessoais do trabalhador, prejudicando a convivência familiar e os demais vínculos interpessoais, é certo que a pretensão pela reparação dos danos existenciais é admissível. Como exemplos, um pai que perde a visão em decorrência do acidente de trabalho e é impedido de ver o crescimento de seus filhos, a mulher que fica paraplégica por conta do acidente do trabalho e tem o exercício da maternidade prejudicado, dentre outros casos.

Os exemplos formulados acima são graves e trágicos, mas foram utilizados com a intenção de melhor demonstrar o preenchimento dos requisitos próprios da modalidade de dano em estudo. Nesses casos, o trabalhador deverá fazer a prova de que houve o comprometimento do seu projeto de vida.

Se não ocorrerem prejuízos efetivos sobre o projeto de vida e sobre a vida de relações, não há que se falar em reparação dos danos existenciais. Considerar a mera possibilidade futura de lesão como fator hábil a ensejar a reparação pela referida modalidade de dano imaterial seria transformar o dano existencial em reparação pela perda de uma chance – deturpando-o, portanto.

Casuisticamente, o julgador deverá analisar a extensão e a gravidade do dano. Deverá também cuidar de distinguir o dano existencial do dano moral, e quantificar ambos, se existentes, de modo razoável e proporcional.

A distinção entre o dano moral e o existencial deve acarretar impactos não só no plano teórico, mas também no plano prático, em especial nas condenações judiciais. Isso pela razão de muitas vezes o dano moral abarcar o dano existencial no exame da extensão dos danos. Com o advento da aplicação dos danos existenciais, a ponderação deverá ser exercida com maior precisão nas decisões judiciais.

7 – O dano existencial na reforma trabalhista e a tarifação da indenização

A Lei nº 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, veio trazer um regramento acerca do dano extrapatrimonial, incluindo o dano existencial, a partir do art. 223-A da CLT.

Conforme indicação de Enoque Ribeiro dos Santos,

“(…) o legislador brasileiro passou a adotar a expressão dano extrapatrimonial em substituição a dano moral, da mesma forma que este instituto é denominado em Portugal, na Itália e Alemanha, especialmente por ser de mais amplo espectro, abrangendo inclusive o dano estético.”²⁸

Acerca do dano existencial, o art. 223-B estipula, *in verbis*, com destaques não originais, que: “Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou *existencial* da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação”.

Notável é a atecnia da redação do artigo supramencionado, pois permite a interpretação de que a pessoa jurídica poderá sofrer dano existencial, o que constituiria um contrassenso. O entendimento adequado é de que a pessoa

28 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O dano extrapatrimonial na Lei nº 13.467/2017, da reforma trabalhista*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/08/22/o-dano-extrapatrimonial-na-lei-13-4672017-da-reforma-trabalhista/>>. Acesso em: 1º ago. 2018.

jurídica poderá sofrer apenas o dano na esfera moral, em concordância com a Súmula nº 227 do Superior Tribunal de Justiça²⁹.

Além de positivizar o dano extrapatrimonial, incluído nessa modalidade o dano existencial, a novel legislação trouxe, dentre outros pontos, questionáveis critérios de fixação do valor indenizatório, no art. 223-G, retirando do julgador a possibilidade de medir a real extensão danosa, nos termos do art. 944 do Código Civil.

Pretendeu-se estabelecer critérios objetivos no art. 223-G e propiciar uma padronização dos valores da reparação, além de uma maior possibilidade de previsão dos riscos da demanda e segurança jurídica aos diversos atores sociais, contudo, ao estabelecer o critério de bandas, primeiro com a adoção da remuneração do trabalhador, depois, pela MP nº 808 (não convertida em lei), alterando para o teto do benefício do regime geral da previdência social, além de duvidosa constitucionalidade, trouxe mais insegurança jurídica e odiosa discriminação contra os trabalhadores brasileiros, vez que não existe essa limitação no nível³⁰.

Enoque Ribeiro dos Santos apregoa:

“(…) a dignidade humana não é mensurável, não tem preço, possui um valor inestimável em face da natureza insubstituível e única da personalidade humana, que nada tem a ver com as funções ou atribuições que cada um exerce no dia a dia, seja na vida profissional ou privada, daí a imponderabilidade de se usar idênticos parâmetros para todos os indivíduos. Em outras palavras, colocar todos na mesma balança.”³¹

De fato, não se pode tarifar a dignidade da pessoa humana, pautar o valor da indenização por danos extrapatrimoniais a partir da remuneração significa distinguir a humanidade a partir do capital, sendo uma inversão completa dos valores de um Estado de Direito, que busca a salvaguarda da dignidade da pessoa humana. À luz dos critérios estabelecidos pela Reforma Trabalhista sobre a quantificação da indenização, pode-se pensar na hipótese em que uma *ofensa de natureza gravíssima* a um trabalhador, que receba em torno de R\$ 2.000,00 por mês, poderá ter indenização arbitrada em valor inferior à indenização advinda

29 Súmula nº 227 do STJ: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

30 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O dano extrapatrimonial na Lei nº 13.467/2017, da reforma trabalhista*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/08/22/o-dano-extrapatrimonial-na-lei-13-4672017-da-reforma-trabalhista/>>. Acesso em: 1º ago. 2018.

31 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O dano extrapatrimonial na Lei nº 13.467/2017, da reforma trabalhista*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/08/22/o-dano-extrapatrimonial-na-lei-13-4672017-da-reforma-trabalhista/>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

de *ofensa de natureza leve* a outro trabalhador, que receba em torno de R\$ 35.000,00 por mês – o que é execrável, ante a ausência de proporcionalidade e discriminação manifesta em razão do critério remuneratório.

Ademais, esse entendimento foi consubstanciado em enunciado (Enunciado nº 18) aprovado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho³², conforme segue:

“DANO EXTRAPATRIMONIAL: EXCLUSIVIDADE DE CRITÉRIOS. Aplicação exclusiva dos novos dispositivos do Título II-A da CLT à reparação de danos extrapatrimoniais decorrentes das relações de trabalho: inconstitucionalidade. A esfera moral das pessoas humanas é conteúdo do valor dignidade humana (art. 1º, III, da CF) e, como tal, não pode sofrer restrição à reparação ampla e integral quando violada, sendo dever do Estado a respectiva tutela na ocorrência de ilicitudes causadoras de danos extrapatrimoniais nas relações laborais. Devem ser aplicadas todas as normas existentes no ordenamento jurídico que possam imprimir, no caso concreto, a máxima efetividade constitucional ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 5º, V e X, da CF). A interpretação literal do art. 223-A da CLT resultaria em tratamento discriminatório injusto às pessoas inseridas na relação laboral, com inconstitucionalidade por ofensa aos arts. 1º, III; 3º, IV; 5º, *caput* e incisos V e X, e 7º, *caput*, todas da Constituição Federal.”

A impropriedade do referido critério baseado na remuneração do trabalhador ficou reconhecida com a Medida Provisória nº 808, de 14.11.2017, criou-se um novo critério, a tarifação seria calculada pelo “valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social”, com isso, afastou-se o critério remuneratório e se adotou o limite de benefícios do RGPS³³.

Porém, a Medida Provisória nº 808 não foi submetida ao exame dos deputados federais e senadores, o que acarretou a perda de sua eficácia. Sendo assim, o critério para o cálculo da indenização voltou a ser o salário contratual do trabalhador, nas linhas do art. 223-G acrescido à Consolidação pela Lei nº 13.467/2017, com gritante ofensa ao disposto no *caput* do art. 5º da CR/88.

Pode-se dizer, juntamente com Guilherme Guimarães Feliciano e Olívia de Quintana Figueiredo Pasqualetto, que:

32 Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

33 *Idem*.

DOCTRINA

“(...) a Reforma não só apostou na tarifação dos danos extrapatrimoniais como o fez com base no salário contratual do trabalhador, acarretando que aquele que ganha menos, se sofrer um mesmo dano que outro trabalhador que ganha mais, receberá menos por esse dano somente porque sua renda é menor. Nessa linha, será possível pensar que o sofrimento daquele trabalhador de baixa renda tem menos valor do que o sofrimento daquele que tem renda maior: discriminação evidente com base no salário e, ainda por cima, protegida pela lei.”³⁴

Com o fito de se alcançar um entendimento mais claro e preciso sobre os impactos da tarifação do dano extrapatrimonial, tomar-se-á um caso prático e real como paradigma: o menino Gedeão dos Santos.

Gedeão, quando contava com 8 (oito) anos de idade, em meados de 1998, começou a trabalhar, na cidade de Ribeirão Branco (SP), fazendo caixas de madeira para tomate. Recebia por produção: R\$ 0,05 (cinco centavos) por caixa montada. O objetivo do menino era juntar dinheiro para adquirir um videogame e uma bicicleta.

Para exercer as mencionadas atividades, o garoto não recebeu EPI algum. Até que em 8 de fevereiro de 2000, Gedeão sofreu um grave acidente de trabalho, no qual, após montar aproximadamente 70 caixas de tomate, teve o seu olho esquerdo atingido por um prego. Nessa ocasião, o atendimento prestado pelo tomador dos serviços se limitou à colocação de uma gaze com esparadrapo.

O menino Gedeão não foi levado imediatamente ao hospital pelo tomador dos serviços, que ainda lhe pediu que montasse algumas caixas, tendo sido parcialmente atendido pelo garoto.

Ao final do expediente, ao chegar a sua casa, a mãe do garoto levou-o ao hospital, onde foi diagnosticado que parte do prego ainda continuava dentro do olho do menino, tendo lá permanecido por cerca de 10 dias.

O narrado acidente custou ao menino Gedeão a perda da visão do seu olho esquerdo, que precisou ser extraído e substituído por prótese.

Pois bem. Tomando por base os valores do salário mínimo da época³⁵, considerando a regra da tarifação do dano extrapatrimonial em debate, e que o

34 FELICIANO, Guilherme Guimarães; PASQUALETO, Olívia de Quintana Figueiredo. *Danos extrapatrimoniais no direito do trabalho e sua reparação: análise da tarifação introduzida pela reforma trabalhista no Brasil*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juizo-de-valor/danos-extrapatrimoniais-no-direito-do-trabalho-e-sua-reparacao-24092018>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

35 Disponível em: <http://www.guiatrabalhista.com.br/guia/salario_minimo.htm>. Acesso em: 20 mar. 2019.

dano possui natureza gravíssima, Gedeão receberia, no máximo, R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Nesse caso concreto, o empregador teve que construir uma casa no valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) como pagamento da indenização, para assegurar o bem-estar do menino e da família³⁶. Em valores atuais, o valor máximo da indenização por danos extrapatrimoniais seria de R\$ 47.700,00 (quarenta e sete mil e setecentos reais).

Assim, já é possível compreender a inadequação dos critérios de tarifação da indenização do dano extrapatrimonial adotados pela LRT.

É gritante a quebra da isonomia do tratamento jurisdicional, em clara ofensa ao princípio da isonomia, consubstanciado no art. 5º da Constituição da República. Para ilustrar essa situação, imagine-se um acidente muito semelhante com uma criança, que venha a perder a visão do seu olho após o infortúnio. Porém, o acidente ocorre em uma escola, durante o horário de aula, por culpa da instituição de ensino, que não prezou pela segurança dos seus alunos. Questiona-se: o valor de indenização por dano extrapatrimonial ficaria limitado em R\$ 47.700,00 (quarenta e sete mil e setecentos reais)? Obviamente que não. Nesse caso, na Justiça Comum, não haveria qualquer limitação, e os valores das condenações são fixados em valores superiores aos parâmetros fixados pela LRT³⁷⁻³⁸.

Assim, fica claro que a tarifação promovida pela reforma trabalhista é flagrantemente inconstitucional, por ofensa ao disposto no inciso III, art. 1º, no inciso IV, art. 3º, e no *caput* do art. 5º da CR/88, na medida em que impõe um *discrimen* sem um critério razoável para tanto, já que a limitação atinge o cidadão trabalhador, mas não atinge o cidadão consumidor, por exemplo. Ademais, são atributos inerentes à pessoa humana: a honra, a dignidade, a imagem e a intimidade, cujos valores não podem ser tarifados de modo discriminatório para o trabalhador e para o consumidor.

Os dispositivos da tarifação da indenização (incisos I a IV do § 1º do art. 223-G da CLT) já estão sendo questionados no STF quanto às ofensas à Constituição da República de 1988 por meio da Ação Direta de Inconstitucio-

36 Uma breve narração sobre o planejamento da construção da casa pode ser encontrada no *link*: <<https://mpt-prt15.jusbrasil.com.br/noticias/2954161/trabalho-infantil-intervencoes-do-mpt-beneficiam-jovens>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

37 Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2018/fevereiro/df-e-condenado-a-indenizar-crianca-que-perdeu-a-visao-em-acidente-na-escola>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

38 Disponível em: <<https://www.midiamax.com.br/cotidiano/2018/crianca-que-perdeu-a-visao-em-escola-municipal-sera-indenizada-em-r-76-mil/>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

nalidade 5.870, que fora ajuizada pela Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra)³⁹.

Ademais, da leitura atenta ao art. 223-B, transcrito alhures, percebe-se que há uma referência à titularidade do bem extrapatrimonial, ao mencionar que a pessoa física (geralmente, trabalhador) ou pessoa jurídica “são as *titulares exclusivas* do direito à reparação”.

Dessa referência, pode-se questionar a permanência do chamado “dano indireto”, “dano reflexo” ou “dano em ricochete” nas relações de trabalho, o que será discutido no tópico a seguir.

8 – É possível falar em dano existencial reflexo após a LRT?

O dano sofrido por pessoa em decorrência de um ato ilícito pode repercutir em um terceiro, ou seja, em pessoa direta ou indiretamente ligada à vítima. Trata-se do dano reflexo ou indireto, também conhecido como “dano em ricochete”. Tal repercussão pode ser tanto de ordem patrimonial, quanto extrapatrimonial do terceiro afetado.

Nesse diapasão, Cahali assevera que:

“(…) embora o dano deva ser direto, tendo como titulares da ação aqueles que sofrem, de frente, os reflexos danosos, acolhe-se também o dano derivado ou reflexo, *le dommage par ricochet*, de que são os titulares que sofrem, por consequência, aqueles efeitos, como no caso do dano moral sofrido pelo filho diante da morte de seus genitores e vice-versa.”⁴⁰

Mas, antes de responder à pergunta presente no título do presente tópico, é preciso analisar se a legislação tem poder para alterar a natureza dos fatos. Sim, é preciso questionar se a lei pode dizer “acabou-se o dano reflexo”, enquanto ele continua ocorrendo nas relações laborais.

Pois bem, cediço é que – embora a Emenda Constitucional nº 45/04 tenha estendido a competência da Justiça do Trabalho em diversas matérias, como, por exemplo, os pleitos indenizatórios – a natureza da reparação por danos materiais e imateriais continua sendo civil. A disciplina constante no Código Civil acerca da responsabilidade civil não limita, nem específica, a possível vítima do

39 Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/imprensa/anamatra-na-midia/26124-anamatra-questiona-no-stf-regras-da-reforma-sobre-indenizacao-por-dano-moral>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

40 CAHALI. Yusef Said. *Dano moral*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 116.

evento danoso, ao contrário, deixa em aberto, indeterminando o sujeito passivo através da locução “outrem” (cf. art. 186 do Código Civil).

Sem contar ainda que a interpretação no sentido de restringir a titularidade da pretensão reparatória viola o disposto no *caput* do art. 5º da CR/88, bem como o direito fundamental de ação e acesso à justiça, garantias constitucionais, as quais são cláusulas pétreas, sendo certo que – conforme disposição expressa do art. 5º, inciso XXXV, da Lei Maior – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A violação ao *caput* do art. 5º CR/88 fica evidenciada quando a proibição é voltada aos casos da competência da Justiça do Trabalho, mas não atinge os casos de competência da Justiça Comum.

Sem contar ainda a farta jurisprudência do TST acerca do dano reflexo, como, por exemplo, o julgado transcrito abaixo:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA SOB A ÉGIDE DAS LEIS NS. 13.015/2014 E 13.105/2015. DESCABIMENTO. 1. Nulidade. Negativa de prestação jurisdicional. Quando a decisão se mostra bem lançada, com estrita observância do disposto nos arts. 93, IX, da Constituição Federal e 489 do CPC, não se cogita de nulidade por negativa de prestação jurisdicional. 2. Indenização por dano moral reflexo. Irmãos do empregado falecido. O dano moral reflexo ou em ricochete é aquele devido ao núcleo familiar direto do falecido, nos quais se presumem incluídos os pais, esposa, filhos e irmãos menores. Na hipótese, os irmãos do autor, que pleiteiam o direito à indenização, assim como o *de cujus*, são maiores e casados, não tendo feito prova de que mantinham laços de proximidade que dessem ensejo à indenização por dano moral. 3. Indenização por dano moral. Valor arbitrado aos pais e à esposa do *de cujus*. A indenização por dano moral guarda conteúdo de interesse público. O valor fixado deve observar a extensão do dano sofrido, o grau de comprometimento dos envolvidos no evento, os perfis financeiros do autor do ilícito e da vítima, além de aspectos secundários pertinentes a cada caso. Incumbe ao juiz fixá-lo com prudência, bom senso e razoabilidade.” (TST, ARR 0500509-76.2014.5.17.0132, Terceira Turma, Rel. Min. Alberto Bresciani, DEJT 01.12.2017, p. 2.384)

Ademais, esse entendimento foi consubstanciado em enunciado (Enunciado nº 20) aprovado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, conforme segue:

“DANO EXTRAPATRIMONIAL: LIMITES E OUTROS ASPECTOS

DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. O ARTIGO 223-B DA CLT, INSERIDO PELA LEI Nº 13.467, NÃO EXCLUI A REPARAÇÃO DE DANOS SOFRIDOS POR TERCEIROS (DANOS EM RICOCHETE), BEM COMO A DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS OU MORAIS COLETIVOS, APLICANDO-SE, QUANTO A ESTES, AS DISPOSIÇÕES PREVISTAS NA LEI Nº 7.437/1985 E NO TÍTULO III DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.⁷⁴¹

Conclui-se, assim, que a Lei nº 13.474/2017 não decretou o fim do dano extrapatrimonial em ricochete na Justiça do Trabalho, por expressa vedação da Constituição da República ao esculpir o direito fundamental de ação, como explanado alhures.

9 – Considerações finais

Persiste e deve amadurecer ainda mais, como não poderia deixar de ser, o direito de o trabalhador pleitear indenização por dano existencial decorrente de doença ou acidente de trabalho, desde que tenha afetado o seu projeto de vida e a vida de relações.

Assim, os causídicos que representam o interesse dos trabalhadores devem saber manejar ações com o escopo de pleitear indenização para seus clientes por danos existenciais decorrentes de doença ou acidente de trabalho.

É de fundamental relevância apontar as distinções entre o dano existencial e o dano moral, ambos danos imateriais ou extrapatrimoniais. São modalidades independentes e devem ser quantificados autonomamente, observando-se os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade.

A aplicação do dano existencial, na Justiça do Trabalho, não deve ser banalizada e transformada em simples meio para a obtenção de ganhos sem justa razão. O seu pedido terá que ser coerente, razoável e proporcional ao dano existencial sofrido, obtendo-se a devida compensação e dando concretude ao princípio da reparação integral nos casos de doença ou acidente de trabalho.

No tocante à tarifação dos danos extrapatrimoniais, buscou-se demonstrar a ofensa ao princípio da isonomia e os impactos diretos na dignidade da pessoa do trabalhador, sendo luzidia a sua inconstitucionalidade por ofensa ao

41 Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

DOUTRINA

caput do art. 5º da CR/88, já que a remuneração do trabalhador não pode ser utilizada como critério para a fixação do valor da indenização, representando um critério discriminatório que não pode ser referendado pelo Poder Judiciário.

Concernente ao dano reflexo, intentou-se apontar que tal modalidade ainda persiste, igualmente em razão do disposto no art. 5º da Constituição da República de 1988, pois não se pode tratar desigualmente situações iguais pelo simples fato de a competência ser da Justiça do Trabalho ou da Justiça Comum. Ademais, a interpretação contrária se choca ao direito de ação, uma garantia fundamental prevista na mesma Lei Maior.

A justa responsabilização civil nas relações laborais é a salvaguarda da dignidade da pessoa do trabalhador e é sob esse prisma que cada caso deverá ser examinado pela Justiça do Trabalho, a qual tem por missão humanizar as relações de trabalho.

Recebido em: 22/03/2019

Aprovado em: 24/04/2019

DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO E ORIENTAÇÃO SEXUAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

GENDER DISCRIMINATION AND SEXUAL ORIENTATION IN WORK RELATIONS

Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas*

Rodolfo Pamplona Filho**

RESUMO: O presente artigo apresenta como objeto de investigação a discriminação de gênero e orientação sexual vivenciadas no âmbito das relações de trabalho. A partir da contextualização histórica da divisão sexista de atribuições sociais, busca-se evidenciar as discriminações sofridas pela mulher, pelos homossexuais e transgêneros, no meio ambiente de trabalho, concluindo pela necessidade de se criar uma nova divisão sexual do trabalho, compatível com as garantias fundamentais da igualdade e não discriminação. Pretende-se, por meio de técnica bibliográfica e jurisprudencial, evidenciar o sexismo nas relações de trabalho, entendido como conjunto de preconceitos e discriminações que se baseiam no sexo ou na orientação sexual, a fim de combater atitudes de desvalorização profissional de todo e qualquer sujeito do contrato de trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Discriminação por Gênero. Assédio Sexual. Gênero. Orientação Sexual. Homofobia.

ABSTRACT: The present article presents as object of investigation the discrimination of gender and sexual orientation experienced in the scope of labor relations. Based on the historical contextualization of the sexist division of social attributions, it seeks to highlight the discrimination suffered by women, homosexuals and transgender people, in the work environment, concluding the need to create a new sexual division of labor, compatible with the guarantees fundamental rights of equality and non-discrimination. It is intended, through a bibliographical and jurisprudential technique, to highlight sexism in labor relations, understood as a set of prejudices and discriminations based on sex or sexual orientation, in order to combat attitudes of professional devaluation of any subject of the employment contract.

KEYWORDS: Discrimination by Gender. Sexual Harassment. Genre. Sexual Orientation. Homophobia.

* Pós-doutoranda pela Universidade Federal da Bahia; doutora e mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

** Juiz titular da 32ª Vara do Trabalho de Salvador/BA; mestre e doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP; máster em Estudios en Derechos Sociales para Magistrados de Trabajo de Brasil pela UCLM — Universidad de Castilla-La Mancha/Espanha.

1 – Introdução

A discriminação de gênero, orientação sexual e raça é fator que influencia as possibilidades de acesso e permanência nas relações de trabalho no Brasil. Não é por acaso que as mulheres, os/as negros/as e os LGBT-TI – lésbicas, *gays*, bissexuais, transexuais, travestis e intersexuais detêm os piores indicadores do mercado de trabalho, vivendo, muitas vezes, na economia informal ou em empregos precários.

Mesmo que as evidências apontem para uma maior participação das mulheres em diferentes tipos e ambientes de trabalho, na realidade social, ainda existe uma associação imediata das mulheres como uma “força de trabalho secundária” (OIT, 2010, p. 12), reafirmando velhos estereótipos relacionados às atribuições das mulheres e dos homens no mundo do trabalho.

Não obstante as desigualdades entre homens e mulheres sejam construídas na esfera cultural e social, há uma forte ideologia cuja intenção é fazer crer que a divisão dos papéis entre eles seria naturalmente determinada pela condição biológica. Cuida-se da divisão sexual do trabalho que será abordada, no intuito de demonstrar a origem da discriminação de gênero no Brasil.

O trabalho, entendido como necessidade, sobrevivência, independência, realização individual, apresenta um papel central na estruturação da identidade do ser humano; nessa senda, ser rejeitado, criticado ou humilhado desperta um sentimento de insegurança, além de ferir a dignidade do indivíduo.

Finalmente, o mercado de Tecnologia da Informação e Comunicações (TIC) tem como perfil predominante a população masculina. Embora seja um segmento em expansão, com constante demanda por profissionais qualificados, esse dinamismo não garante as mesmas oportunidades a homens e mulheres.

Diante de tal realidade, pretende-se propor, por meio de técnica bibliográfica e jurisprudencial, uma reflexão sobre as violências discriminatórias no âmbito trabalhista, especialmente, aquelas relacionadas à orientação sexual e ao gênero.

2 – Identidade de gênero

O pensamento humanista, ao longo do tempo, vem propondo diferentes formas de enxergar o indivíduo. Em busca da promoção da dignidade humana, a essência das pessoas passou a ser muito mais valorizada, e, nesse contexto, as vertentes relacionadas a sexo, gênero e orientação sexual atraíram novo olhar da sociedade e do direito.

A lógica ocidental tradicional, ignorando outras variações, dividiu binariamente o gênero em masculino e feminino ou homem e mulher, tendo o sexo, em primeira análise, sido definido biologicamente com base na combinação de cromossomos de sua genitália.

Analisando sob essa perspectiva, o ser humano nasceria dotado de características biológicas que o enquadrariam como indivíduo do sexo masculino ou feminino, de modo que ninguém ficasse à margem das reconhecidas categorias “homem” e “mulher”.

Apesar de tal enquadramento não ser estanque, a maioria das sociedades ainda toma o diferente como deformação, desconsiderando, em prol da dita padronização social, a multiplicidade de variações ínsita à complexidade do ser humano.

Entretanto, conquanto a definição de “homem” ou “mulher” tenha surgido a partir de uma análise biológica, a experiência humana evidencia que o indivíduo pode ter outras identidades que refletem diferentes representações de gênero, as quais não se encaixam nas categorias padrões. É o caso dos transsexuais, transgêneros e os intersex.

Guacira Lopes Louro classifica gênero como categoria de análise social, sendo concebida, assim como a sexualidade, como produção da cultura (LOURO, 2013b). A identidade de gênero se traduziria, portanto, na convicção de ser masculino ou feminino, considerando os comportamentos e atributos convencionalmente reconhecidos para machos e fêmeas.

Com efeito, reconhece-se que a designação “identidade de gênero” foi concebida e utilizada pela primeira vez, em 1964, pelo pesquisador americano Robert Stoller, referindo-se ao gênero ao qual a pessoa se identifica, ou seja, as sensações internas de pertencer ao gênero masculino ou feminino (COSTA, 1994, p. 11)

A propósito, Simone de Beauvoir, precursora da denominada “Segunda Onda” do feminismo (SCHOLZ, 2010), teorizando o papel da mulher na sociedade, discutiu sobre o caráter indefinido para o conceito de gênero, chamando a atenção para as inúmeras construções sociais acerca de ser homem, e, especialmente, de ser mulher.

Beauvoir questiona “o que é uma mulher?” e refuta a noção de que “ser mulher” se resumiria na circunstância de possuir um útero, chegando à conclusão de que “todo ser humano do sexo feminino não é, portanto, necessariamente mulher; cumpre-lhe participar dessa realidade misteriosa e ameaçada que é a feminilidade” (BEAUVOIR, 2009, p. 13).

DOCTRINA

Gênero, nessa perspectiva, envolveria aspectos socioculturais e históricos, que afetariam diretamente o indivíduo, não sendo decorrência natural de suas características corporais. Segundo Beauvoir, gênero compreenderia os comportamentos, as preferências, os interesses, as formas de se vestir, andar, falar e agir relacionadas a “ser homem” e “ser mulher”. Tais aspectos se somariam a um corpo que, por estar preso à “natureza humana”, seria imutável, fixo e bipolar, separando o masculino do feminino (BEAUVOIR, 2009).

Ter-se-ia, assim, a dicotomia entre sexo (o corpo e a natureza) e gênero (a cultura e as atitudes), devendo ser levado em conta, essencialmente, como os indivíduos lidam com seu sexo e gênero. Daí, a afirmativa de Beauvoir de que a mulher não nasce mulher, mas se torna mulher, havendo uma série de significados inscritos sobre o corpo sexuado (BEAUVOIR, 2009).

Judith Butler, por sua vez, ao analisar a assertiva de que sexo e gênero seriam categorias distintas, considera que determinado gênero não decorre de determinado sexo, defendendo a ideia de que “ser de um dado sexo” não é necessariamente “tornar-se de um gênero”, ou ainda, “mulher” não é precisamente uma categoria que expressa a construção cultural do corpo feminino, bem como a categoria “homem” não expressa a construção cultural do corpo masculino (BUTLER, 2003).

A autora critica a formulação radical da distinção sexo/gênero e “sugere que os corpos sexuados podem dar ensejo a uma variedade de gêneros diferentes, e que, além disso, o gênero em si não está necessariamente restrito aos dois usuais” (BUTLER, 2003, p. 163).

Não obstante existam diferenças conceituais entre Butler e Beauvoir, o sexo é apresentado como um fato natural, enquanto o gênero é um caractere adquirido, uma construção sociocultural variável do sexo, pela qual ninguém nasceria com um gênero.

Butler defende a noção de que o gênero é performativo, em função de decorrer de modos de agir identificáveis como padrões masculinos e femininos. Nessa senda, sugere a ideia de subverter uma “ordem compulsória” existente em nossa sociedade, a qual exigiria a coerência total entre sexo, gênero e desejo, obrigatoriamente, heterossexuais, situação denominada por ela de heteronormatividade (BUTLER, 2003).

Com efeito, não seria a heteronormatividade uma forma de viver a sexualidade, mas sim um atestado público do enquadramento em padrões comportamentais que aludem à heterossexualidade, ou seja, ser reconhecido socialmente por homem ou mulher seria uma condição alcançada pela manifes-

tação pública de comportamentos associados à masculinidade e à feminilidade (BUTLER, 2003).

A reflexão de Butler, nesse aspecto, perpassa pelo desmonte da falsa noção de estabilidade do gênero, em que a matriz heterossexual estaria assegurada por dois sexos fixos e coerentes: macho x fêmea, homem x mulher, masculino x feminino, pênis x vagina, etc. Detalha a mencionada filósofa que:

“Quando o *status* construído do gênero, é teorizado como radicalmente independente do sexo, o próprio gênero se torna um artifício flutuante, com a consequência de que *homem* e *masculino* podem, com igual facilidade significar tanto um corpo feminino como um masculino, e *mulher* e *feminino*, tanto um corpo masculino como feminino.” (BUTLER, 2003, p. 24-25)

Os conceitos de gênero e sexo em Butler, portanto, consolidam a desconstrução do sujeito e apresentam possibilidades de subversão cogitadas pela noção de instabilidade e indeterminação de todas as identidades sexuadas.

A identidade, sobretudo a de gênero, seria construída pelos atos daquele que executa uma sequência de atos sem atores preexistentes, aberta a certas formas de ressignificação contínuas, porquanto prática discursiva.

Assim, sendo o sexo e o gênero categorias tão distintas e descontínuas, não haveria justificativa para que os gêneros permaneçam em número de dois, uma vez que o corpo sexuado abriria a possibilidade significativa de interpretação, logo, para além do masculino/feminino.

Conforme defende Butler, a liberdade de escolha individual no que concerne ao gênero e ao sexo é de fato limitada, mas existe. E existindo não deve ser desprezada.

A identidade, na sociedade pós-contemporânea, tornou-se instrumental para a promoção da dignidade da pessoa humana, servindo, inclusive, como importante esteio para reivindicação por legitimidade e respeito nas relações subjetivas sociais. As identidades, portanto, são históricas e culturalmente específicas, sendo as respostas políticas a determinadas conjunturas e compoendo uma “estratégia das diferenças” (SIMÕES; FACCHINI, 2009).

No âmbito constitucional brasileiro, o direito à identidade encontra-se consubstanciado pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (inciso III, art. 1º, da CR/88), pelo qual o indivíduo tem o direito de possuir e expressar todos os atributos e características pessoais, singulares, intransmis-

síveis e irrenunciáveis, constituindo tais atos na promoção de sua identidade. Nesse aspecto, pertinente a definição de Canguçu e Bastos:

“Identidade de gênero é um conceito que se refere ao senso de pertencente a um gênero específico, isto envolve dimensões internas e externas do sujeito. Trata-se de produto da relação indivíduo-sociedade sendo, portanto, um processo em constante transformação.” (CANGUÇU-CAMPINHO; BASTOS; LIMA, 2014, p. 3)

A identidade de gênero se traduziria, portanto, na convicção de pertencer ao sexo masculino ou feminino considerando os comportamentos e atributos convencionalmente reconhecidos para machos e fêmeas.

Tal circunstância é decorrente do conjunto de atos repetidos no interior de uma sociedade, ou seja, uma espécie de reação à ideia de lei sobre o corpo apenas para atender anseios sociais.

Destarte, os cisgêneros se identificam com gênero atribuído no nascimento. No entanto, há também muitas pessoas que se olham no espelho e não se identificam com que veem; é o sentimento dos transgêneros, pessoas que não se identificam com o sexo biológico atribuído a elas no ato do nascimento.

É como se a pessoa tivesse “nascido no corpo errado”, ou seja, um sentimento de não pertencimento que vai muito além de um simples incômodo. Aqui se encaixa a identidade de gênero, como livre escolha do indivíduo de se sentir homem ou mulher ou pertencente do terceiro gênero¹.

Afinal, não há como negar que a pessoa humana é detentora do poder de autorregulação de sua própria vida, por conseguinte, a identidade de gênero, como construção social, se relaciona com a livre escolha do indivíduo em relação ao seu próprio corpo, sem pressões e interferência externas de qualquer tipo – médicas ou familiares.

1 O Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht – BVerfG*), respeitando o direito de personalidade de identidade de gênero, em 8 de novembro de 2017, prolatou decisão nos autos do processo 1 BvR 2019/16, determinando que “pessoas podem ser registradas como intersexuais ou ter a definição de gênero omitida em suas certidões de nascimento” (FRITZ, 2017, p. 01).

A Corte em Karlsruhe entendeu que o direito geral de proteção à personalidade, positivado na Constituição Alemã, abarca a proteção ao terceiro gênero (*drittes Geschlecht-Entscheidung*) e, por sete votos a um, os Magistrados estabeleceram que uma nova legislação deveria ser criada até o final de 2018, de modo a permitir “designações positivas de gênero” como “intersexual” ou “diverso” (FRITZ, 2017, p. 01-02).

Consta, na decisão, que “a definição de gênero é de suma importância para a identidade individual, tendo papel fundamental na imagem própria de uma pessoa e na forma como essa pessoa é vista pelos outros”. Assim, “a identidade de gênero das pessoas que não são masculinas nem femininas está protegida” (FRITZ, 2017, p. 01-02).

3 – Orientação sexual

Sexo não se confunde com identidade de gênero, a qual diverge da noção de orientação sexual. Então, não podem ser utilizados como sinônimos, devendo ser entendidos em sua complexidade e singularidade na formação de cada ser humano.

O sexo biológico de um ser humano é definido pela combinação dos seus cromossomos e sua genitália, verificando-se, no ato do nascimento, se a pessoa nasceu homem, mulher ou intersexual.

A orientação sexual, por sua vez, difere-se da identidade de gênero, sobretudo, por não se relacionar com o sentimento de pertencimento entre o binarismo masculino e feminino.

A orientação sexual, e não opção sexual, diz respeito à escolha da pessoa no âmbito dos relacionamentos afetivo-sexuais, ou seja, há pessoas que sentem atração afetivo-sexual por pessoas do mesmo sexo – os homossexuais, entre sexos opostos – os heterossexuais, por ambos os sexos – os bissexuais, e, por fim, os assexuais, pessoas que não sentem atração por nenhum gênero.

Segundo Anderson Ferrari, professor da faculdade de educação da UFJF e especialista em relações de gênero e sexualidade, o termo oficial a ser usado atualmente para se referir à diversidade de orientações sexuais é LGBTTI, a sigla engloba lésbicas, *gays*, bissexuais, transexuais, travestis e intersexuais.

Importante estudar a diversidade sexual, pois em tempos de discurso do ódio, nunca é demais lembrar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 1948, pela Organização das Nações Unidas (ONU), reconhece em cada indivíduo o direito à liberdade e à dignidade.

Nessa linha, a Constituição de 1988 também adota o princípio da dignidade humana, adotando como objetivo fundamental da República “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988).

Sendo assim, heterossexuais, lésbicas, *gays*, bissexuais, transexuais, travestis e intersexuais são cidadãos e cidadãs que possuem direitos e deveres iguais perante a lei, merecendo, portanto, respeito nas relações trabalhistas.

Diferenciada a identidade de gênero e a orientação sexual, passa-se à reflexão sobre o fenômeno do sexismo nas relações de trabalho.

4 – O sexismo nas relações de trabalho

Infelizmente, o fenômeno do sexismo tem sido recorrente nas relações de trabalho, motivo pelo qual se mostra importante refletir sobre ele.

Contudo, antes de adentrar na especificidade do tema, importa realizar algumas considerações sobre o ambiente em que o sexismo tem se manifestado, ou seja, nas relações de trabalho.

4.1 – Relação de trabalho x relação de emprego

A relação de trabalho é gênero que engloba os mais diversos tipos de labor que podem ser realizados pelo ser humano, ou seja, como empregado, autônomo, eventual, avulso, estagiário, etc.

Por sua vez, a relação de emprego é uma espécie de relação de trabalho que será configurada quando estiverem presentes seus requisitos ou elementos fático-jurídicos, ou seja, quando o trabalho for prestado por pessoa física ou com personalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação.

A personalidade se liga àquela pessoa física que trabalha para o empregador, não podendo se fazer substituir por terceiros, ou seja, a prestação do serviço será *intuitu personae*.

Somando-se a isso, a pessoa física deve trabalhar de forma permanente, ainda que por um curto espaço de tempo, não podendo trabalhar de forma eventual, quando desejar. Ao contrário, será fixado pelo empregador dias e hora certa para ser executada a prestação de trabalho.

Deve ser considerado, ainda, que a relação de emprego é essencialmente econômica, ou seja, a pessoa emprega sua força de trabalho em troca do recebimento de valores monetários, uma contraprestação pelo serviço prestado.

Elemento importante da relação de emprego é a subordinação, trazendo à tona a ideia de sujeição, submetimento às ordens de terceira pessoa, ou seja, uma relação de dependência laboral, que decorre do poder de direção, coordenação e fiscalização do empregador quanto à prestação laboral do empregado.

A subordinação pode ser dividida em técnica, em que o conhecimento técnico é do empregador, econômica – o empregado é dependente economicamente do empregador para sobreviver, e jurídica – o contrato de trabalho, assim como o poder de direção do empregador, tem respaldo legal.

A alteridade também é importante, sobretudo, por se relacionar ao risco da prática da atividade econômica que é do empregador. Nessa senda, deve

o empregador cuidar do ambiente de trabalho, de forma a evitar tais tipos de discriminação, de raça, gênero ou orientação sexual.

Não obstante haja discriminação em toda e qualquer relação de trabalho, verifica-se que as mais contundentes têm se manifestado na relação de emprego, em face da inerente continuidade e permanência no tempo, circunstâncias de dia a dia que geram desgastes nas relações pessoais e sociais.

4.2 – A manifestação do sexismo no local de trabalho

O termo “sexismo” representa o conjunto de preconceitos e discriminações que se baseiam no sexo ou na orientação sexual.

Resquício da cultura patriarcal, na sua origem, o sexismo foi compreendido como uma forma de preconceito relacionado a “avaliações negativas e atos discriminatórios dirigidos às mulheres”, um instrumento utilizado pelo homem para garantir as diferenças de gênero, legitimado por atitudes de desvalorização do sexo feminino (MESQUITA FILHO; EUFRÁSIO; BATISTA, 2011).

A mulher, que antes se limitava a procriar, era tachada como relativamente incapaz, sendo necessário o consentimento do pai ou do marido para que pudesse trabalhar. Apenas com o passar do tempo foi sendo inserida no mercado de trabalho e o conceito de igualdade de tratamento entre homens e mulheres materializado no art. 5º, I, da CR/88.

No entanto, mesmo considerando a evolução quanto ao acesso ao mercado de trabalho para a mulher, é inegável que ainda não se conseguiu romper por completo as barreiras limitadoras determinadas pelo sexo/gênero.

Assim, não obstante existam normas especiais de proteção, que proíbam a discriminação em razão do sexo/gênero (art. 5º, XLI, da Convenção nº 111 da OIT [proibição da discriminação]; art. 7º, XXX, da CF; art. 373-A da CLT), observa-se que o sexismo tem sido um problema recorrente no Brasil e não só contra as mulheres.

Atualmente, o sexismo também se relaciona ao tratamento preconceituoso conferido aos homens, aos homossexuais, aos transgêneros, aos que não se identificam com nenhum dos gêneros, entre outras formas de representação de identidade sexual.

A pessoa vítima de sexismo, geralmente, é colocada em posição inferior, apenas em razão de sua identidade sexual. A discriminação contra mulheres é intitulada de “machismo” ou “misoginia”, enquanto o preconceito contra homens é chamado de “misandria”.

Certo é que as condições em que vivem homens e mulheres não são produtos do destino, mas, sobretudo, de construções sociais, que formam dois grupos sociais envolvidos numa relação social específica: as relações sociais de sexo.

No âmbito do trabalho, as relações sociais de sexo se exprimem por meio da divisão social do trabalho entre os sexos, chamada, especificamente, de divisão sexual do trabalho, tema importante que será tratado em seguida, porquanto capaz de explicar as discriminações de gênero na sua origem.

4.3 – A divisão sexual do trabalho

A divisão sexual do trabalho, temática diretamente ligada à sociologia do trabalho, é a forma como as relações sociais de sexo estão estabelecidas no âmbito das relações de produção e reprodução da vida material, ou seja, a divisão de atribuições, tarefas e lugares sociais para mulheres e homens, que repercute fortemente no cenário trabalhista hodierno.

Com o impulso dos debates feministas, no início dos anos 1970, o tema passou a ser discutido com ênfase, no contexto francês, sob duas acepções: analisava-se a distribuição diferencial de homens e mulheres no mercado de trabalho, nos ofícios e nas profissões, bem como nas variações no tempo e no espaço dessa distribuição. De outro lado, avaliava-se a divisão desigual do trabalho doméstico entre os sexos (HIRATA; ZARIFIAN, 2000).

De tais premissas, emergiram questionamentos se as relações de trabalho reforçariam a dominação de sexo, ou se a existência de postos diferenciados e desiguais, circunstância associada a outras formas de divisão sexual do trabalho, produziriam novas configurações de precariedade e exploração do trabalho, sobretudo, considerando a dinâmica do capitalismo instalado na sociedade contemporânea (HIRATA; KERGOAT, 2007).

Hirata e Kergoat respondem a tal indagação argumentando que a divisão sexual do trabalho é a forma de divisão do trabalho social, decorrente das relações sociais do patriarcado. Em outras palavras, historicamente, designou-se ao homem a esfera produtiva e de direção da sociedade e, por conseguinte, os cargos de maior prestígio social (políticos, militares, religiosos), ao passo que, à esfera feminina, restringia-se o mundo doméstico privado, da reprodução da espécie e o cuidado com os mais vulneráveis (crianças, idosos, incapazes) (HIRATA; KERGOAT, 2007).

Seguindo essa linha de intelecção, dois princípios informariam a divisão sexual do trabalho, a saber, o da separação do trabalho, pelo qual existiriam

DOCTRINA

trabalhos específicos para homens e, para mulheres, o princípio hierárquico, no qual o trabalho do homem valeria mais que o trabalho da mulher. Hirata e Kergoat (2007) afirmam que os dois princípios são válidos para todas as sociedades conhecidas, no tempo e no espaço.

Observa-se, pois, que o patriarcalismo não se restringiu ao controle da sexualidade da mulher na família, mas também se prestou à segregação ocupacional, excluindo as mulheres de importantes papéis econômicos e políticos da sociedade.

Moreira destaca que a lógica patriarcal atinge o controle da sexualidade feminina, a sua capacidade reprodutiva, desaguando na capacidade econômica e impondo reflexos na discriminação salarial.

Nessa linha, complementa:

“o patriarcado não se constitui apenas como ideologia capaz de perpetuar sistema de opressão e exploração de um sexo sobre o outro, reproduzindo nas classes sociais. O patriarcado se define como um sistema sexual de poder, no qual o homem possui superioridade e privilégio econômico, social e político.” (MOREIRA, 2006, p. 146)

Do ponto de vista da disparidade salarial entre homens e mulheres, Tânia Cruz (2006, p. 317), Doutora em Sociologia do Trabalho, destaca alguns fatores podem ser ressaltados, em relação às mulheres:

“(...) o fato de terem ingressado no mercado formal de trabalho nas três últimas décadas – o que as colocou no olho do furacão da reestruturação produtiva do capital, alocando-as em relações de trabalho precarizadas –; de representarem 38% das chefias familiares; de almejarem melhorar a cesta e a receita familiar, garantir o estudo dos filhos e tomar a abertura social promovida pelos movimentos populares e pelas lutas feministas faz com que elas aceitem trabalhar por salários mais baixos.”

Assim, considerando o dado histórico de que a forma de participação entre os sexos no mercado de trabalho não foi homogênea, resta patente que os direitos conquistados pelas mulheres ao longo do tempo, tais como a emancipação, a igualdade, o aumento da escolaridade e a crescente qualificação profissional, não foram suficientes para sustentar uma trajetória ocupacional que pudesse dar cabo às desigualdades sociais entre o papel feminino e masculino.

Nesse sentido, Hildete Pereira de Melo e Alberto di Sabbato descrevem a relativa invisibilidade do trabalho feminino, em pleno século XX:

DOCTRINA

“No mercado de trabalho, apesar da diminuição da desigualdade de gênero acontecida nas últimas décadas, não foram superados os obstáculos de acesso a cargos de direção e chefia, bem como permanecem ainda diferenciais de rendimentos entre os dois sexos. Há uma nítida relação entre a divisão sexual do trabalho e a pobreza das mulheres; a inserção feminina aconteceu em paralelo com o crescimento das atividades informais, das atividades sem remuneração e aumento das taxas de desemprego. Assim, as mulheres continuam ainda concentradas nos segmentos menos organizados da atividade econômica, são mais submetidas a contratos informais, têm menor presença sindical e encontram-se mais expostas ao desemprego.” (MELO; SABBATO, 2011, p. 54)

Não se olvida, porém, de que mesmo reconhecendo a inserção crescente das mulheres no trabalho e nos espaços de poder, o seu acesso ao trabalho remunerado permanece condicionado à domesticidade de suas relações pessoais, ou seja, a conciliação entre as responsabilidades familiares, de filiação e profissionais, ao passo que, para os homens, o acesso continua natural, considerando suas trajetórias, possibilidades de ganhos e realização da vida pessoal dentro do mundo do trabalho.

É de se ressaltar que, lamentavelmente, não obstante as mulheres terem se tornado objeto de políticas públicas brasileiras e mundiais, ainda persiste a desigualdade laboral entre os gêneros, sendo o desemprego maior entre as mulheres, bem como permanecem as diferenças entre os rendimentos em relação aos homens, as mulheres chegam a receber cerca de 3/4 a menos que os homens (IBGE, 2018).

São os dados constantes da pesquisa “Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil, realizada pelo IBGE, divulgada em junho 2018, pela qual se evidenciou que ‘mulheres trabalham, em média, três horas por semana a mais do que os homens, combinando trabalhos remunerados, afazeres domésticos e cuidados de pessoas’, mesmo “contando com um nível educacional mais alto, ganham, em média, 76,5% do rendimento dos homens” (IBGE, 2018).

Analisando a nota explicativa do IBGE, mostram-se visíveis as desigualdades persistentes entre homens e mulheres em suas distintas dimensões de análise, notadamente no exercício de direitos à equalização de oportunidades. Outro exemplo bastante claro é a questão da carga horária, uma vez que mulheres se ocupam em tempo parcial em número muito mais elevado do que os homens, percebendo, naturalmente, de forma proporcional, menos pela redução da carga horária.

DOCTRINA

A diferença de inserção ocupacional entre homens e mulheres determinada pela divisão sexual do trabalho se evidencia no trecho da nota técnica do IBGE, que merece ser transcrita:

“A questão da carga horária parece ser um fator fundamental no diferencial de inserção ocupacional entre homens e mulheres determinado pela divisão sexual do trabalho. Mulheres que necessitam conciliar trabalho remunerado com os afazeres domésticos e cuidados, em muitos casos, acabam por trabalhar em ocupações com carga horária reduzida. O indicador de proporção de ocupados em trabalho por tempo parcial, por sexo (CMIG 14), mostra um percentual mais elevado de mulheres que trabalha em período parcial, de até 30 horas, quando comparado com os homens. Na desagregação espacial conclui-se, mais uma vez, que as desigualdades regionais são marcantes, concentrando um maior número de mulheres que trabalham em tempo parcial nas Regiões Norte e Nordeste. Outro agravante da desigualdade de gênero fica evidente com a desagregação do indicador por cor ou raça. Neste recorte, os dados de 2016 evidenciam que são as mulheres pretas ou pardas são as que mais exerceram ocupação por tempo parcial, alcançando 31,3% do total, enquanto 25,0% das mulheres brancas se ocuparam desta forma, em 2016. Para os homens, somente 11,9% dos brancos se ocuparam por tempo parcial, ao passo que a proporção de pretos ou pardos alcançou 16,0%.

Em relação aos rendimentos médios do trabalho (CMIG 13), as mulheres seguem recebendo cerca de 3/4 do que os homens recebem. Contribui para a explicação deste resultado a própria natureza dos postos de trabalho ocupados pelas mulheres, em que se destaca a maior proporção dedicada ao trabalho em tempo parcial.” (IBGE, 2018)

Em cenário de desigualdades, a boa notícia fica por conta da educação, uma vez que a pesquisa demonstra a elevação contínua dos níveis de escolaridade das mulheres nas últimas três décadas. Diversos indicadores confirmam essa tendência geral de aumento da escolaridade das mulheres em relação aos homens, não obstante a estrutura ocupacional de homens e mulheres permaneça bastante desigual (IBGE, 2018).

Como se observa, as representações das relações sociais entre os sexos têm um papel relevante nas organizações, devendo a precarização sexuada do trabalho ser percebida, de forma específica, a partir da análise do conjunto de processos produtivos em determinado nicho empresarial.

Como forma de minimizar as desigualdades entre homens e mulheres, no âmbito das relações de trabalho, Hildete Pereira de Melo e Alberto di Sabbato, em seu texto “Divisão sexual do trabalho e pobreza”, além da inserção de políticas públicas que incluam a mulher no mercado de trabalho, apresentam o exercício da sororidade² como forma de valorização da mulher, sugerindo que mulheres em situação profissional de destaque concedam espaço a outras mulheres, inserindo-as no mercado de trabalho, mas não de forma igualitária. Observe-se a proposta:

“A solução encontrada é que as mulheres bem sucedidas no mercado de trabalho podem contratar outras mulheres para substituí-las nos afazeres e cuidados domésticos. Assim, as mulheres podem ir para o mercado de trabalho desde que a conciliação seja feita pela delegação destas tarefas para outras mulheres. Nos locais de trabalho, as atividades metamorfoseiam a divisão sexual do trabalho pela feminilização de várias ocupações, antes reduto do sexo masculino ou vice-versa.” (MELO; SABBATO, 2011, p. 57)

Na visão dos autores, o fato de mulheres contratarem mulheres não resolveria totalmente o problema da invisibilidade profissional feminina, mas já seria um bom começo.

A abordagem da situação de desigualdade em que se encontra a mulher nos remete a repensar a divisão sexual do trabalho, posta com base no paradigma patriarcal de dominação do homem sobre a mulher, sugerindo a sua alteração para uma divisão igualitária, em que homens, mulheres, homossexuais, transgêneros e intersex sejam cooperativos entre si, cada qual realizando funções e cargos compatíveis com sua qualificação intelectual e física, sem qualquer discriminação de gênero.

Criar novo modelo de divisão de trabalho se faz necessário, sobretudo, baseando-se na noção de corresponsabilidade social pelas atividades profissionais, pela qual deve haver respeito e igualdade de gênero em todas as suas variações.

Nesse ponto, importante citar a diretriz da OIT, pela qual a igualdade de gênero é questão de justiça social e se funda no enfoque baseado nos direitos e na eficiência econômica. Para a OIT, o trabalho decente é aquele produtivo

2 A sororidade, pela definição, é uma experiência subjetiva pela qual as mulheres devem passar com a finalidade de eliminarem todas as formas de opressão entre elas. É, além disso, conscientizar as mulheres sobre a misoginia. É um “esforço pessoal e coletivo de destruir a mentalidade e a cultura misógina, enquanto transforma as relações de solidariedade entre as mulheres” (GARCIA; SOUSA, 2015, p. 1.003).

e adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, sem qualquer forma de discriminação, sendo, ainda, capaz de garantir uma vida digna a todas as pessoas que dele sobrevivem.

Trabalho digno e sem preconceitos de gênero é o que se pretende por meio da análise diagnóstica da sociologia do trabalho. Afinal, descortinar o problema é o primeiro passo para resolvê-lo.

Analisa-se, em seguida, a manifestação do sexismo nas relações de trabalho.

4.4 – Análise das jurisprudências que reconheceram o sexismo nas relações de trabalho

É inegável que as mulheres vêm superando a cultura patriarcal e machista no âmbito do trabalho, exercendo profissões que antes eram tipicamente masculinas. Nesse sentido, a luta da mulher trabalhadora se confunde com a própria história do Direito do Trabalho.

No entanto, o fenômeno do sexismo tem chegado aos tribunais em pleno século XXI, demonstrando que a mulher, o homossexual e o transgênero ainda enfrentam discriminação no mercado de trabalho, em relação aos níveis salariais, dentre outras formas de preconceito.

a) Discriminação contra a mulher: desigualdade salarial

A Justiça do Trabalho mineira julgou um caso em que uma mulher contratada como “guardiã” obteve êxito em relação ao pedido de equiparação salarial com o vigilante do sexo masculino.

A empregada relatou ter prestado serviços como segurança nas dependências do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, atendendo e escoltando Magistrados e Desembargadores. Na exordial, a trabalhadora denunciou que colegas do sexo masculino recebiam salários maiores para desempenhar as mesmas atividades, razão pela qual postulou a condenação da empresa de segurança ao pagamento das diferenças salariais decorrentes da equiparação com um colega do sexo masculino, indicado como paradigma.

A empregadora, em sua defesa, sustentou que o profissional homem, indicado como paradigma, ocupava o cargo de vigilante, com atribuições diferentes da profissional mulher, cujo cargo era denominado guardiã. Acrescentou a empresa que o paradigma desempenhava função destacada no TJMG, integrando grupo de selecionados vigilantes, que tinham como função principal atender

DOCTRINA

e escoltar magistrados e desembargadores, enquanto aos demais vigilantes e guardiães incumbia somente a guarda patrimonial da instituição.

A Magistrada Júnia Márcia Marra Turra, em sua atuação na 14ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, reconheceu a equiparação salarial pretendida, nos termos do art. 461, e seus parágrafos, da CLT, porquanto comprovado nos autos que a guardiã sempre exerceu suas atividades em igualdade de condições em relação ao colega homem, recebendo, porém, remuneração inferior à dele.

O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, ao julgar o Recurso Ordinário do Processo 00484-2007-014-03-00-8-RO, confirmou a sentença.

b) Discriminação contra a mulher: dispensa discriminatória

Emblemático também foi o caso da bancária que procurou a Justiça do Trabalho relatando ter sido vítima de rebaixamento profissional e, em seguida, dispensada por justa causa no dia 08.03.2011, exatamente no Dia Internacional da Mulher.

O caso foi julgado pelo juiz Francisco José dos Santos Júnior da 1ª Vara do Trabalho de Divinópolis, que, depois de examinar o conjunto probatório, ponderou que: “Tudo isso faz crer que a dispensa da reclamante exata e simbolicamente em 08.03.2011, Dia Internacional da Mulher, de fato não foi por acaso, mormente porque, pela tese de defesa, poderia a dispensa ter ocorrido antes ou depois” (BRASIL, 2019).

O magistrado examinou o conteúdo das transcrições da conversa contida nos CDs juntados ao processo pela bancária, considerando comprovado que o assédio moral teve início com a tomada da superintendência onde atuava a bancária pelo colega, redução salarial, estornos de créditos bancários e nítida intenção de alcançar a dispensa por justa causa da bancária (BRASIL, 2019).

O juiz verificou, ainda, que houve insinuações do superintendente à condição de mulher da bancária, durante sua conversa com ela, transcrita no processo. Destacou o seguinte trecho: “Acho e, por favor, te peço que em qualquer circunstância ali fora você reserve isso, né? Eu não acho que seja uma função que encaixe legal na pessoa de uma mulher. (...)” (BRASIL, 2019).

Por fim, o Magistrado entendeu que o conteúdo do diálogo do CD fazia crer que a dispensa da bancária foi planejada para acontecer simbolicamente em 08.03.2011, Dia Internacional da Mulher. Fundamentou que restou comprovado que, após a saída da bancária da superintendência, ali permaneceram trabalhando apenas homens e ponderou:

“Essa mesma postura machista muito explica a pressão sofrida pela reclamante para que deixasse o cargo de gerente de negócios, postura inaceitável em qualquer tempo, muito menos nos dias de hoje, no qual todo o nosso ordenamento jurídico busca incessantemente inserir e valorizar a mulher no mercado de trabalho.” (BRASIL, 2019)

Acrescentou que a apuração interna feita pelo banco também trouxe traços de como o superintendente ultrapassava os limites do poder diretivo e disciplinar que detinha, concluindo pelo assédio moral, sob o argumento de que a bancária perdeu comissão e teve redução salarial e estornos indevidos, arrematando, com a sua dispensa por justa causa, o quadro de episódios que levaram à marginalização profissional da trabalhadora, com afetação da saúde dela. Os valores das indenizações deferidas pelo juiz sentenciante totalizam mais de 60 mil reais (BRASIL, 2019).

O TRT mineiro, ao apreciar o Recurso Ordinário – Processo 00917-2011-057-03-00-0-RO, manteve a condenação (BRASIL, 2019).

c) Discriminação contra a mulher na construção civil: falta de acesso ao banheiro e assédio sexual

Cimento, tijolos, concreto, poeira não são elementos que excluem a presença feminina na construção civil, inclusive, “lugar de mulher é onde ela quiser” é o *slogan* que sintetiza a luta pela igualdade e simboliza a nova geração em que se destaca a “Mulher em Construção”, nome dado a uma ONG do Rio Grande do Sul. Cuida-se de um projeto social que incentiva mais do que a qualificação profissional, despertando a consciência pela discriminação de gênero no setor.

Não obstante isso, a Justiça do Trabalho de Minas Gerais ainda tem enfrentado ações de trabalhadoras da construção civil, que denunciam nítido sexismo no local de trabalho. Na 1ª Vara do Trabalho de João Monlevade, a magistrada Maria Irene Silva de Castro Coelho, após exame do conjunto probatório, constatou que uma empresa de engenharia não disponibilizava banheiros femininos e em boas condições de higiene nos locais de trabalho e, ainda, que a empregada, operadora de pá carregadeira, sofria assédio sexual por parte de um superior hierárquico (BRASIL, 2019).

Depoimentos de testemunhas revelaram que havia várias mulheres trabalhando no canteiro de obras, no entanto, o empregador, além de fornecer banheiros químicos distantes do canteiro de obras, estes não eram destinados ao público feminino, sendo a limpeza bastante precária. Uma das testemunhas evidenciou ter presenciado a autora ser assediada sexualmente no local de tra-

balho pelo encarregado e contou que este comentava na empresa que a autora “estava se fazendo de difícil”, mas que, se ele pressionasse, ela ficaria com ele por medo de perder o emprego” (BRASIL, 2019).

No tocante à inexistência de banheiros femininos, a magistrada fundamentou que a conduta afronta a NR-24, item 24.1.2.1, do Ministério do Trabalho e Emprego. “Incumbe ao empregador fornecer ao trabalhador todas as condições para o desenvolvimento de seu mister, e, ainda mais, daquelas que atingem diretamente a preservação de sua intimidade”, acrescentando que a separação de banheiros por sexo decorre de obrigação legal, que não pode ser negligenciada pelo empregador (BRASIL, 2019).

Concluiu que o tratamento inadequado causou dano moral à reclamante e condenou a reclamada ao pagamento de indenização no importe de R\$ 10.000,00: “Trata-se de situação constrangedora e humilhante, que violou a sua integridade psíquica, vilipendiando direitos da personalidade, como liberdade sexual, honra, imagem, vida privada, intimidade e dignidade pessoal e profissional” (BRASIL, 2019).

A decisão foi confirmada em 2º grau (o número do processo foi omitido para preservar a privacidade das pessoas envolvidas).

d) Discriminação masculina: empresa de cosméticos indenizou empregado que não foi promovido a gerente por ser homem

A discriminação contra a mulher, homossexuais e transexuais no mercado de trabalho é mais comum, entretanto, o homem também pode ser discriminado no trabalho.

É um caso raro de “misandria” enfrentado pela 7ª Turma do TRT de Minas Gerais, em que um trabalhador não conseguiu preencher o cargo de gerente de uma empresa especializada em produtos de beleza por ser homem.

A juíza convocada Sabrina de Faria Fróes Leão, relatora do recurso da empresa, Processo 0001684-70.2013.5.03.0106 RO, considerou claramente demonstrado, por meio de prova testemunhal, que a empresa discrimina os seus empregados do sexo masculino no processo de seleção para o cargo de gerente e fundamentou: “o procedimento é odioso e viola o art. 5º, *caput*, e inciso I, da CR/88, que vedam a discriminação em razão de gênero” (BRASIL, 2019).

A testemunha levada aos autos pelo empregado declarou que os homens não podiam ocupar oficialmente o cargo de gerente e, por isso, o reclamante teria sido preterido entre os candidatos ao posto e que tal impedimento era de

conhecimento de todos na empresa, sendo, inclusive, mencionado abertamente pela gerente (BRASIL, 2019).

Diante da comprovação da prática discriminatória em razão de gênero, a 7ª Turma do TRT da 3ª Região manteve a sentença que condenou a empresa de cosméticos ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 7.000,00, fundamentando que a prática empresarial fere o princípio isonômico e demonstra evidente “discriminação sem explicação razoável, de modo a segregar o empregado do sexo masculino a determinado posto no local de trabalho”, situação injustificável, na sociedade moderna, em que “não faz mais sentido a separação entre tarefas masculinas e femininas” (BRASIL, 2019).

e) discriminação em face de orientação sexual

A questão da sexualidade tem apresentado reflexos no mundo do trabalho, inclusive, questões envolvendo o sexismo trazem à tona casos concretos que revelam violação à liberdade de gênero e de orientação sexual dos trabalhadores, em especial os homossexuais, transexuais e travestis.

A fim de conquistar espaço no mercado de trabalho, os homossexuais, transexuais e travestis têm enfrentado bravamente a homofobia, levando aos tribunais casos que buscam vencer preconceitos e ensejam reparação pela violação à dignidade humana.

É o caso analisado pela magistrada Aline Paula Bonna, em sua atuação na 30ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, das empregadas discriminadas na empresa, por manterem relacionamento homossexual.

As provas testemunhais colhidas nos autos evidenciaram a fala do gerente, no sentido que teria que dispensar uma ou ambas as empregadas, por formarem um casal de lésbicas, haja vista que a homossexualidade delas estava gerando muitos comentários no ambiente de trabalho. Ademais, um dos motoristas da empresa teria dito, de forma preconceituosa, a uma das empregadas que “alguns minutinhos com ele as faria deixar de gostar de mulher” (BRASIL, 2019).

Assim, considerando que a empregadora, sabedora dos preconceitos listados, não tomou nenhuma atitude para proteger as mulheres homossexuais ou para cessar tal situação, a juíza reconheceu o dano psicoemocional presumido e concluiu pela condenação arbitrada ao montante de R\$ 7.000,00, argumentando:

“Em consonância com os valores supremos da liberdade, do bem-estar e da igualdade, no âmbito de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, consagrados no preâmbulo da Constituição da República, o inciso X de seu art. 5º consagrou

DOCTRINA

a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” (BRASIL, 2019)

A magistrada frisou que o dano está implícito no caráter depreciativo dos comentários feitos pelos empregados da reclamada.

A empresa recorreu, mas diante da constatação da prática discriminatória o TRT da 3ª Região decidiu manter a sentença.

f) dispensa discriminatória de empregado com HIV

A Magistrada Ana Cristina da Silva, da 1ª Vara do Trabalho de Olinda/PE, ao julgar o Processo 0000409-49.2015.5.06.0101, condenou a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais, no importe de R\$ 10.000,00, em função da comprovação de constrangimento em face da homossexualidade do trabalhador, bem como pela dispensa discriminatória por doença grave – portador de HIV.

Restou comprovado nos autos que, por ter assumido ser homossexual e portador de HIV, o trabalhador passou a ser constrangido pelo preposto da empresa, tendo, inclusive, sido acometido por uma depressão em face dos maus tratos. A Juíza argumentou que:

“Nas hipóteses em que o empregado se encontra acometido por enfermidade grave, o direito potestativo do empregador, de demitir sem justo motivo, encontra limites nas diretrizes constitucionais acima indicadas. O empregador deve concretizar a função social da empresa (arts. 5º, XXIII, e 170, III, da CF), assumindo uma postura condizente com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, e de valorização do trabalho.

É com base nesses fundamentos que se presume discriminatória a dispensa do portador de HIV. Trata-se, contudo, de presunção relativa, recaindo sobre o empregador o ônus de comprovar que não tinha ciência da condição do empregado ou que o ato de dispensa teve motivação lícita. Desse ônus, a reconvinde não se desonerou.

No caso dos autos, é incontroverso que o reclamante é portador de HIV, tendo sido comprovado pela prova testemunhal que tal fato era de conhecimento público na empresa. Restou comprovado, ainda, que o reconvinde era discriminado pela superior hierárquica, em razão do HIV, o que ratifica a tese da dispensa discriminatória. Ante todo o exposto, entendo que o ato de demissão foi discriminatório e ilegal e configura o

DOCTRINA

dano moral *de per si*, diante do impacto negativo que esta conduta traz para o portador de doença tão delicada, desgastante e grave que é a HIV.

Assim sendo, encontram-se provados os requisitos específicos para o seu deferimento: o ato ilícito, culpa do agente, implemento do dano e o nexo de causalidade.

Pelos fundamentos acima alinhados, julgo procedente o pleito e arbitro a condenação da reclamada ao pagamento do valor de R\$ 10.000,00 a título de indenização por danos morais.” (BRASIL, 2019)

Calcando-se nos fundamentos supratranscritos, a Juíza reconheceu o dano moral indenizável e decidiu pela reintegração do trabalhador, nos termos da Súmula nº 443 do TST, que dispõe, *in verbis*:

“SÚMULA Nº 443 do TST. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO – Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.”

Desse modo, reconheceu-se o direito do trabalhador, portador do vírus HIV, à reintegração ao emprego, em razão de sua dispensa presumir-se discriminatória, com fulcro nas garantias constitucionais relativas ao direito à vida, ao trabalho e à dignidade da pessoa humana, e o repúdio à atitude discriminatória dispostos nos arts. 1º, III e IV, 3º, IV, 5º, *caput* e XLI, 170 e 193 da Constituição da República de 1988.

5 – Conclusão

Demonstrou-se, nessas breves linhas, que o problema da discriminação de gênero no trabalho é corriqueiro e se manifesta nas mais variadas vertentes.

Em geral, os homens recebem salários maiores que as mulheres, ainda que exerçam a mesma função. Mas não é só. Foram apresentadas atitudes discriminatórias relacionadas à homofobia, contra homem, dispensas arbitrárias por doença; ou seja, o sexismo, infelizmente, ainda é recorrente na Justiça do Trabalho.

O estudo de casos aqui apresentados demonstra que as iniciativas de promoção da equidade de gênero no mundo corporativo, contempladas em programas de responsabilidade social empresarial, têm produzido avanços

lentos e dependem de ações efetivas para expurgar a discriminação de gênero no âmbito das relações de trabalho.

Apesar de a legislação trabalhista, em vigor, proteger o trabalhador, muitas mulheres, homossexuais e transgêneros continuam sofrendo discriminação no mercado de trabalho brasileiro, uma vez que algumas ocupações ainda são vistas como tipicamente masculinas ou femininas, em razão da prevalência de uma cultura machista, herança de uma sociedade marcadamente patriarcal.

Assim, sugere-se uma nova divisão sexual do trabalho, baseando-se na noção de corresponsabilidade social pelas atividades profissionais, pela qual deve haver respeito e igualdade de gênero em todas as suas variações.

Conscientizar os empregados que cada um tem o seu valor, independentemente de sexo, raça ou outros aspectos pode ser o primeiro passo para a construção de uma relação de trabalho saudável e igualitária. A mudança de mentalidade deve partir dos líderes das organizações, pois a igualdade de gênero é questão de justiça social e se funda no enfoque baseado nos direitos e na eficiência econômica.

Segundo a OIT, o trabalho decente é aquele produtivo e adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, sem qualquer forma de discriminação, sendo, ainda, capaz de garantir uma vida digna a todas as pessoas que dele sobrevivem.

Logo, combater o sexismo ainda presente no local de trabalho é uma forma de compatibilizar a realidade laboral ao respeito à dignidade humana do trabalhador. Afinal, trabalho digno é aquele exercido em ambiente sem preconceitos de gênero, raça ou orientação sexual.

Referências bibliográficas

AGUERO, N. F.; DENARDO, T.; NANCLARES, D. Análise da dinâmica indenitária acerca das questões de sexo, gênero e LGBT em dois institutos de Ciências Exatas. *XXII Simpósio Nacional de Ensino de Física*. São Carlos: [s.n.]. 2017.

ALCADIPANI, Rafael. Violência e masculinidade nas relações de trabalho: imagens do campo em pesquisa etnográfica. *Cad. EBAPE.BR*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 92-110, mar. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-39512010000100007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 9 fev. 2019.

AMÂNCIO, L. Sexismo e racismo – dois exemplos de exclusão do outro. In: ARAÚJO, H. G.; SANTOS, P. M.; SEIXAS, P. C. (Coord.). *Nós e os outros: a exclusão em Portugal e na Europa*. Porto: SPAE, 1998.

DOCTRINA

ARAÚJO, Clara; SCALON, Maria Celi. *Gênero, família e trabalho no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

BEAUVOIR, S. D. *O segundo sexo*. 2. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967. v. 2.

BOURDIEU, P. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Record, 1999.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CHAI, Cássius Guimarães; SANTOS, Jéssica Pereira dos; CHAVES, Denisson Gonçalves. Violência institucional contra a mulher: o Poder Judiciário, de pretensão protetor a efetivo agressor. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 13, n. 2, p. 640-665, ago. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/29538>>. Acesso em: 29 jan. 2019.

DIOGO, Nariel; SOUTO, Raquel Buzatti. *Desigualdade de gênero e misoginia: a violência invisível*. Disponível em: <http://fames.edu.br/jornada-de-direito/anais/10a-jornada-de-pesquisa-e-9a-jornada-de-extensao-do-curso-de-direito/artigos/5-ciencias-criminais-processo-penal-e-direitos-humanos-perspectivas-dialogos-e-embates/desigualdade-de-genero-e-mosoginia_a-violencia-inisivel.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2019.

DRUMONT, M. P. Elementos para uma análise do machismo. *Perspectivas*, São Paulo, 3, 1980, p. 81-85.

FERREIRA, Aparecida et al. (Org.). *Um olhar interdisciplinar acerca de identidades sociais de raça, gênero e sexualidade*. Campinas: Pontes Editores, 2014.

HIRATA, H.; ZARIFIAN, Ph. Travail (le concept de). In: HIRATA, H. et al. (Coord.). *Dictionnaire critique du féminisme*. Paris: PUF, 2000.

HIRATA, Helena. A precarização e a divisão internacional e sexual do trabalho. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 11, n. 21, jan./jun. 2009, p. 24-41.

_____. Globalização e divisão sexual do trabalho. *Cadernos Pagu*, 17/18, p. 139-156, 2001/02.

_____. *Nova divisão sexual do trabalho?* São Paulo: Boitempo, 2002.

_____; KERGOAT, Danièle. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. *Cadernos de Pesquisa*, v. 37, n. 132, p. 595-609, set./dez. 2007.

HOLZMANN, Lorena. Divisão sexual do trabalho. In: CATTANI, Antonio David; HOLZMANN, Lorena (Org.). *Dicionário de trabalho e tecnologia*. Porto Alegre: Zouk, 2011.

IBGE. Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil. *Estudos e Pesquisas – Informação Demográfica e Socioeconômica*, n. 38. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2019.

KELLER, E. F. Qual foi o impacto do feminismo na ciência? *Cadernos Pagu*, Campinas, 27, p. 13-34, jul./dez. 2006.

KERGOAT, Danièle. Divisão sexual do trabalho e relações sociais de sexo. In: HIRATA, H. et al. (Org.). *Dicionário crítico do feminismo*. São Paulo: Unesp, 2009.

LIMA, Camila Rodrigues Neves de Almeida. Gênero, trabalho e cidadania: função igual, tratamento salarial desigual. *Rev. Estud. Fem.*, Florianópolis, v. 26, n. 3, 2018. Disponível em:

DOCTRINA

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2018000300210&lng=p t&nrm=iso>. Acesso em: 8 fev. 2019.

LOURO, Guacira L. Gênero, sexualidade e poder. In: *Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva pós-estruturalista*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

_____. Pedagogia da sexualidade. In: *O corpo educado: pedagogias da sexualidade*. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

MATO GROSSO. *Trabalhador transgênero tem direito de usar vestiário feminino*. Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. Disponível em: <<https://portal.trt23.jus.br/portal/noticias/trabalhador-transg%C3%AAnero-tem-direito-de-usar-vesti%C3%A1rio-feminino>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

MESQUITA FILHO, M.; EUFRÁSIO, C.; BATISTA, M. A. Estereótipos de gênero e sexismo ambivalente em adolescentes masculinos de 12 a 16 anos. *Saúde Soc.*, São Paulo, v. 20, p. 554-567, 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. NJ Especial 10.03.2017. *Sexismo no trabalho: profissionais ainda enfrentam discriminação de gênero*. Disponível em: <<https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/importadas-2017/nj-especial-sexismo-no-trabalho-profissionais-ainda-enfrentam-discriminacao-de-genero-10-03-2017-06-04-acs>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

NOGUEIRA, C. *Feminismo e discurso do gênero na psicologia social*. Braga: Universidade do Minho, 2001.

OBSERVATÓRIO BRASIL DA IGUALDADE DE GÊNERO. *Homens recebem salários 30% maiores que as mulheres no Brasil*. Disponível em: <<http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/noticias/homens-recebemsalarios-30-maiores-que-as-mulheres-no-brasil/>>.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. *Igualdade de gênero e raça no trabalho: avanços e desafios*. Brasília: OIT, 2010.

_____. *Módulo de capacitação em inspeção do trabalho e igualdade de gênero*. Brasília: OIT, 2012.

OLIVEIRA, J. M. D. Orientação sexual e identidade de gênero na psicologia: notas para uma psicologia lésbica, gay, bissexual, trans e queer. In: NOGUEIRA, C.; OLIVEIRA, J. M. D. *Estudo sobre a discriminação em função da orientação sexual e da identidade de gênero*. Lisboa: Comissão para a Cidadania e a Igualdade de Género, 2010.

PACHECO, Wellington Medeiros; REIS, Patrícia Nunes Costa; SILVA, Elisa Mabel Vieira da; ABREU, Igor. *O impacto da gestão da diversidade nas relações raciais no ambiente organizacional: um fator crítico de sucesso*. Disponível em: <<https://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos14/40920529.pdf>>. Acesso em: 8 fev. 2019.

PERNAMBUCO. *Processo ConPag-0000409-49.2015.5.06.0101*. Julgado pela Juíza do Trabalho Ana Cristina da Silva. Publicado no DJE de 22.01.2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/174212290/trt-6-judiciario-22-01-2018-pg-23140?ref=previous_button>. Acesso em: 2 fev. 2019.

PRONI, Thaissa Tamarindo da Rocha Weishaupt; PRONI, Marcelo Weishaupt. Discriminação de gênero em grandes empresas no Brasil. *Rev. Estud. Fem.*, Florianópolis, v. 26, n. 1, e41780,

DOCTRINA

2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2018000100212&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 8 fev. 2019.

SAFFIOTI, Heleith. *A mulher na sociedade de classes: mito e realidade*. Petrópolis: Vozes, 1976.

SANTOS, Carolina Maria Mota; TANURE, Betânia; CARVALHO NETO, Antônio Moreira de Carvalho. Mulheres executivas brasileiras: o teto de vidro em questão. *RAD.*, vol. 16, n. 3, p. 56-75, set./dez. 2014.

SOUSA, Luana Passos de; GUEDES, Dyeggo Rocha. The sexual death is the last off. *Estud. Av.*, São Paulo, v. 30, n. 87, p. 123-139, ago. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142016000200123&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 8 fev. 2019.

SOUZA, David Emmanuel da Silva; BONFIM, Ariini Guimarães; AKUTSU, Beatrix Hiromi da Silva; SGANZERLA, Rogério Barros. *As transformações das relações de gênero e suas implicações na gestão de pessoas no mundo do trabalho*. Disponível em: <http://www.inovarse.org/sites/default/files/T16_028.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2018.

THOMÉ, Candu Florêncio; SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *Desigualdade em razão de gênero e divisão sexual do trabalho: suas consequências sobre a saúde das trabalhadoras*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/fieo09.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2019.

Recebido em: 19/03/2019

Aprovado em: 24/04/2019

DIREITO DE INDENIDADE

RIGHT OF INDEMNITY

Fabiano Coelho de Souza*

Igor Vilas Boas Sahn**

RESUMO: O presente trabalho destina-se ao exame do direito de indenidade, com ênfase sobre os aspectos conceituais, a origem, os fundamentos, a interpretação das normas, bem como a incidência prática do instituto na realidade brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Indenidade. Represália. Discriminação. Igualdade.

ABSTRACT: The present work is devoted to the examination of the Right of Indemnity, with emphasis on the conceptual aspects, the origin, the fundamentals, the interpretation of the norms, as well as the practical incidence of the institute in the Brazilian reality.

KEYWORDS: Indemnity. Retaliation. Discrimination. Equality.

1 – Introdução

A função central do Direito do Trabalho é a melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica (CF, art. 7º, *caput*) e a pacificação da relação entre capital e trabalho, no campo individual e coletivo. Nesse sentido, a República Federativa do Brasil tem como fundamentos os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (CF, art. 1º, IV)¹. Esses princípios correspondem a decisões políticas fundamentais do constituinte originário e, por essa razão, a ordem econômica e cada um de seus agentes estão vinculados a esses dois bens, não obstante, a sistematização concertada com o Direito do Trabalho, em observância aos tratados internacionais de direitos humanos, implicam que a ordem econômica está subordinada ao primado do trabalho e a República deve estar fundada na ordem social².

* Juiz Titular da 4ª Vara do Trabalho de Goiânia (GO); doutorando em Direitos Humanos pela UFG; mestre em Direito pela PUC-GO; foi juiz no TRT-10 (1998/99), juiz auxiliar da Vice-Presidência do TST (2014-2016) e da Presidência do TST/CSJT (2016-2018); coordenador nacional do Processo Judicial Eletrônico na Justiça do Trabalho (biênio 2016-2018); professor da Escola de Direito de Brasília (IDP) e dos cursos de pós-graduação do IDP, ATAME, IPOG, REDE JURIS, ESA-GO/UFG e UNYLEYA.

** Advogado; membro da Comissão de Direito Constitucional e Legislação da OAB/GO; pós-graduado em Direito Público pela Universidade de Rio Verde; professor de Direito do Trabalho em cursos preparatórios para concursos públicos.

1 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 134.

2 DELGADO, Gabriela Neves et al. *Direito constitucional do trabalho: princípios e jurisdição constitucional do TST*. São Paulo: LTr, 2015. p. 82.

É importante frisar que a hierarquia tradicional das fontes jurídicas fixa-se pela extensão da eficácia e intensidade normativa do diploma, concentradas essas qualidades mais firmemente na Constituição Federal e, em grau menor, nos diplomas normativos de caráter inferior (princípios da constitucionalidade e da legalidade)³, lado outro constrói-se, no Direito do Trabalho, de modo plástico e variável, elegendo para seu vértice dominante a norma que mais se aproxime do caráter teleológico do ramo justralhista⁴. É o que se denomina no direito laboral de princípio da proteção, mais especificamente na diretriz da incidência da norma mais favorável.

É o que também se extrai do diálogo das fontes⁵, em que as normas jurídicas não se excluem – supostamente porque pertencentes a ramos jurídicos distintos –, mas se complementam, permitindo a utilização de normas alheias ao campo laboral de modo subsidiário⁶, como admite expressamente a CLT,

-
- 3 Nessa linha, invocamos a tradicional lição de Hans Kelsen, para quem “a Constituição não se limita, igualmente, a determinar o processo para a produção de normas jurídicas gerais – o chamado processo legislativo – e sim mui frequentemente determina, no mínimo negativamente, o conteúdo de futuras leis, ao excluir certos conteúdos” (*Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. p. 331).
- 4 Para melhor delimitar tal ideia, lembramos José Augusto Rodrigues Pinto, que afirma que “tal hierarquia, em Direito do Trabalho, não suporta uma aplicação absolutamente inflexível. A atuação de algum dos princípios de conteúdo notavelmente social e tutelar do economicamente fraco, modelando a disciplina da relação de emprego, exige certa plasticidade, nesse terreno. É o caso, em termos latos, do princípio da proteção, e em termos estritos, das regras de aplicação da norma mais favorável ou do reconhecimento da condição mais benéfica” (*Curso de direito individual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1997. p. 91).
- 5 Sobre a teoria do diálogo das fontes: MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, RT, jan./mar. 2003. “Na belíssima expressão de Erick Jayme, é o atual e necessário ‘diálogo das fontes’ (*dialogue de sources*) a permitir a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes. ‘Diálogo’ porque há influências recíprocas, ‘diálogo’ porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalecente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis modelos) ou mesmo permitindo a opção por uma das leis em conflito abstrato. Uma solução flexível e aberta, de interpenetração ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes)”.
- 6 “RECURSO DE REVISTA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS ASSEGURADOS EM NORMA COLETIVA. AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE. CARÁTER INSTRUMENTAL DO DIREITO PROCESSUAL. ACESSO À JUSTIÇA. DIÁLOGO DAS FONTES. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. Levando-se em conta o caráter instrumental do direito processual e, principalmente, no que diz respeito à tutela coletiva, rejeita-se a ideia de que cada fonte formal do direito deve ser interpretada de modo isolado, dando-se lugar ao que, modernamente, a doutrina intitula *Diálogo das Fontes*. Esse método hermenêutico tende a evitar antinomias, incompatibilidades e falta de coerência no ordenamento jurídico, porquanto a Constituição Federal, os Códigos, Consolidações e todas as demais normas se complementam, ao invés de se excluírem. *Isso possibilita a aplicação conjunta de mais de uma norma (inclusive processual) para a mesma hipótese fática*. Toda ação de cumprimento (art. 872 da CLT), promovida por sindicato, é também uma ação civil coletiva (art. 93 do

no art. 8º, § 1º⁷.

Nesse diapasão, o presente trabalho tem como objetivo analisar o direito de indenidade, compreendido como a imunização do contrato e das condições de trabalho contra atos patronais de represália ao trabalhador que, de algum modo, exercita ou reivindica um direito.

2 – Conceito do direito de indenidade

O direito de indenidade consiste na garantia pela qual o trabalhador pode exercer livremente um direito fundamental sem sofrer represálias por parte do empregador. A ideia foi bem desenvolvida pelo Ministro Augusto César Leite de Carvalho, para quem o ato de represália é radicalmente nulo, pois tolerar a represália patronal importaria subtrair o direito à liberdade ou a uma prestação de direito social, impedindo a sua realização material⁸.

Na distinção clássica entre direitos e garantias, formulada pelo Direito Constitucional⁹, a indenidade trata-se de garantia, e não de direito, pois não se materializa como um bem jurídico pertencente ao indivíduo, mas, sim, viabiliza a efetividade destes bens tutelados ao trabalhador. Na prática, o ordenamento

CDC). As regulamentações desses instrumentos processuais são harmônicas e se complementam com um só objetivo: alargar o acesso à justiça previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Assim, no caso vertente, o autor possui interesse de agir, uma vez demonstrado que a via processual por ele escolhida (ação civil pública) é idônea à tutela de direitos individuais homogêneos assegurados em normas coletivas. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR 839-37.2012.5.08.0008, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, j. 03.06.2015, 3ª Turma, DEJT 12.06.2015) (grifos nossos)

- 7 CLT: “Art. 8º As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. § 1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho. (...)”
- 8 CARVALHO, Augusto César Leite de. *Garantia de indenidade no Brasil: o livre exercício do direito fundamental de ação sem o temor de represaria patronal*. São Paulo: LTr, 2013. p. 112.
- 9 André Ramos Tavares, invocando as lições de Ruy Barbosa afirma que “é imperioso separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias” (*Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 602). Cabe trazer à lembrança a ponderação de Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, para quem “nem sempre, contudo, a fronteira entre uma e outra categoria se mostra límpida – o que, na realidade, não apresenta maior importância prática, uma vez que a nossa ordem constitucional confere tratamento unívoco aos direitos e garantias fundamentais” (*Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 258).

jurídico seria vago e ineficiente caso desprovido de mecanismos procedimentais que assegurem os direitos enunciados¹⁰.

Como expressa Álvares Alonso¹¹, a represália é bem visível na despedida em razão do ajuizamento de ação judicial, mas não se resume a tal conduta, podendo envolver despedidas, sanções disciplinares, transferências, remoções, alteração funcional, privação de complementos salariais, entre outras circunstâncias, que podem ocorrer em qualquer fase do contrato de trabalho, seja antes, durante o seu desenvolvimento ou após sua cessação. O que importa, para sua incidência, é notar se o empregador está impondo retaliação pela manifestação reivindicatória do trabalhador.

Admitindo a amplitude da garantia de indenidade, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho apresenta, por exemplo, precedentes reprimindo condutas patronais de represália ao exercício do direito de ação¹² e ao exercício do direito de greve¹³, deferindo, inclusive, a reintegração do trabalhador prejudicado.

10 Nesse sentido, Manuel Carlos Palomeque López e Manuel Álvares De La Rosa afirmam que “de muito pouco serviria, certamente, a proclamação formal de direitos e liberdades, se o texto constitucional não houvesse previsto um sistema específico, reforçado e efetivo, de garantia ou tutela para os mesmos, indo além dos mecanismos comuns de proteção aos direitos previstos no ordenamento jurídico” (*Derecho del trabajo*. 14. ed. Madri: Ramón Areces, 2006. p. 125).

11 ALONSO, D. Álvarez. *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*. Albacete: Bomarzo, 2005. p. 95.

12 “RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. RETALIAÇÃO PELO AJUIZAMENTO DE AÇÃO TRABALHISTA. REINTEGRAÇÃO. O Tribunal Regional deferiu ao reclamante indenização por dano moral em razão de dispensa arbitrária e discriminatória (mero ajuizamento de reclamação trabalhista contra a empresa). Em casos semelhantes ao dos autos, esta Corte tem entendido que a *dispensa de empregado como forma de retaliação ao exercício regular de um direito configura abuso do direito potestativo do empregador*. Na hipótese dos autos, demonstrada a ilicitude da conduta, é devida a reintegração do empregado, nos termos do art. 4º da Lei nº 9.029/95. Julgados. Recurso de revista conhecido e provido. (...)” (ARR 11331-93.2014.5.03.0061, Rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, j. 26.06.2018, 8ª Turma, DEJT 29.06.2018) (grifos nossos)

13 “RECURSO DE REVISTA DO AUTOR. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. TRABALHADOR EM GREVE. TELEGRAMA ENVIADO PELA RÉ COM CONOTAÇÃO DE INTIMIDAÇÃO. PRÁTICA ABUSIVA DA EMPREGADORA. VALOR ARBITRADO À INDENIZAÇÃO R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS). MAJORAÇÃO INDEVIDA. No caso destes autos, ficou comprovado que a *ré enviou um telegrama ao autor com conotação de intimidação, em razão da participação do obreiro em movimento paredista e que culminou na dispensa discriminatória do obreiro*. Assim, a indenização arbitrada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) revelou-se razoável e proporcional ao dano experimentado pelo trabalhador. Diante do exposto, verifica-se que o Tribunal Regional registrou, como parâmetro para a fixação do valor da indenização do dano moral, a extensão do dano, as condições econômicas do agressor e o efeito pedagógico da penalidade, primando pela razoabilidade e proporcionalidade, não havendo falar em fixação irrisória do quantum indenizatório nem em violação do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal. Recurso de revista não conhecido. INDENIZAÇÃO POR DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PARTICIPAÇÃO EM MOVIMENTO GREVISTA. LEI Nº 9.029/95. Trata-se de pedido de *indenização consubstanciada no pagamento dos salários correspondentes ao período entre a dispensa discriminatória do emprego e a efetiva reintegração, nos termos do art. 4º*,

Tais julgamentos são importantes porque explicitam que a nulidade do ato de represália conduz a efeitos inibitórios diversos, incluindo a possibilidade de retorno ao trabalho¹⁴. Nessa linha, a reintegração não está restrita às hipóteses de garantia de emprego, pois deriva da nulidade da dispensa, em razão de sua abusividade, a exemplo do que reconhece expressamente o legislador no caso da dispensa discriminatória (art. 4º da Lei nº 9.029/95).

3 – Origem do direito de indenidade

A indenidade (*indemnidad*) tem amplo destaque no Tribunal Constitucional da Espanha, primeiro reconhecendo a conduta de represália como sendo um ato discriminatório, para, em seguida, reconhecer que tal conduta patronal também viola o direito constitucional à tutela efetiva¹⁵. E, a partir dessa construção jurisprudencial, o legislador espanhol incorporou a nulidade de tais dispensas ao texto legal, conforme art. 17.1 do Estatuto dos Trabalhadores (*Estatuto de los Trabajadores*¹⁶). A síntese da referida norma informa que serão nulas as decisões do empregador que imponham um tratamento desfavorável aos trabalhadores como reação ante uma queixa efetuada na empresa ou uma

inciso I, da Lei nº 9.029/95. O Regional concluiu que ‘a exposição das situações fáticas sofridas pelo autor em face à sua dispensa sem justa causa, demonstrou o fato constitutivo do seu direito, a teor do art. 818 da CLT c/c o art. 333, I, do CPC, de que foi demitido por conta de sua participação no movimento grevista, caracterizada, portanto, a dispensa discriminatória, a qual reconheço nula’. Todavia, indeferiu a reintegração do autor ou a indenização substitutiva prevista no art. 4º da Lei nº 9.029/95, ante a ausência de estabilidade do reclamante no emprego. A jurisprudência desta Corte entende que o rol da Lei nº 9.029/95 não é taxativo, admitindo-se outras hipóteses em que é devida a reintegração do empregado ou a indenização substitutiva nos casos de dispensa discriminatória. Considerando a nulidade da dispensa do reclamante sem justa causa logo em seguida ao seu retorno ao trabalho, após a participação no movimento paradedista, tem-se como discriminatória a dispensa, fazendo jus o obreiro à indenização por dispensa imotivada, com o pagamento dos salários correspondentes ao período entre a dispensa do emprego e a efetiva reintegração, nos termos do art. 4º, inciso I, da Lei nº 9.029/95. Recurso de revista conhecido e provido. (...)’ (ARR 154500-96.2012.5.17.0004, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, j. 24.05.2017, 2ª Turma, DEJT 02.06.2017) (grifos nossos)

14 Sobre a consideração de “nulidade radical” do ato de represália, tendo a reintegração por efeito, indicamos a leitura de José Antonio Baz Tejedor (*La tutela judicial de los derechos fundamentales en el proceso de trabajo*. Valladolid: Lex Nova, 2006. p. 229).

15 Para melhor compreensão da evolução jurisprudencial espanhola sobre o tema: CARVALHO, Augusto César de. Obra citada, p. 123-128.

16 “Artículo 17. No discriminación en las relaciones laborales: 1. Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones desfavorables por razón de edad, o cuando contengan discriminaciones favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español.” (Disponível em: <<https://www.estatutodelostrabajadores.com/a17-no-discriminacion-en-las-relaciones-laborales/>>. Acesso em: 20 mar. 2019)

ação judicial destinada a exigir o cumprimento do princípio da igualdade ou da não discriminação¹⁷.

A indenidade também encontra respaldo em tratados internacionais de direitos humanos oriundos da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Tal abordagem faz-se importante, tendo em vista que tais normas internacionais integram o bloco de constitucionalidade, consistente em direitos fundamentais reconhecidos pelo § 2º do art. 5º da Constituição¹⁸ ou, pelo menos, ostentam caráter supralegal, de acordo com a jurisprudência contemporânea do Supremo Tribunal Federal. Com isso, cabe na aplicação e interpretação da norma jurídica a realização do controle de convencionalidade, procedimento pelo qual a validade das normas internas é auferida mediante o confronto com os tratados internacionais de direitos humanos, prevalecendo a regra que revelar-se mais favorável ao sujeito da proteção, que, no caso do direito do trabalho, é o trabalhador. Nessa diretriz, citamos as seguintes normas integrantes de convenções da OIT:

a) a *Convenção nº 158*¹⁹, sobre o Término da Relação de Emprego por Iniciativa do Empregador, cujo art. 5º, c, prevê, entre os motivos que não constituirão causa justificada para o término da relação de trabalho, a apresentação de

17 Reconhecendo o protagonismo dos espanhóis no tema, podemos citar o seguinte precedente do TST: “RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE. MIGRAÇÃO DE PLANO. RENÚNCIA DE AÇÕES. CEF. IMPOSIÇÃO REGULAMENTAR DE DESISTÊNCIA DE AÇÕES JUDICIAIS. PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. GARANTIA DE INDENIDADE. Cinge-se a controvérsia à eficácia de que condicionaram a adesão ao novo PCS da CEF à exigência de renúncia aos direitos nos quais se fundam as ações judiciais que já estavam em tramitação e as que, porventura, fossem ajuizadas. O caso configura típico caso de aplicação do instituto que a doutrina jurídica moderna, sobretudo espanhola, denomina garantia de indenidade, a qual consiste em técnica de proteção do exercício dos direitos fundamentais, na busca da ineficácia dos atos empresariais lesivos a esses direitos dos trabalhadores. O Supremo Tribunal Federal reconhece a relevância da pretensão ligada à garantia de indenidade, ao considerar que, se ‘de um lado reconhece-se o direito do empregador de fazer cessar o contrato a qualquer momento, sem que esteja obrigado a justificar a conduta, de outro não se pode olvidar que o exercício respectivo há que ocorrer sob a égide legal e esta não o contempla como via oblíqua para se punir aqueles que, possuidores de sentimento democrático e certos da convivência em sociedade, ousaram posicionar-se politicamente, só que o fazendo de forma contrária aos interesses do copartícipe da força de produção’ (RE 130.206/PA, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 14.08.92). Há precedentes. Nesse contexto, entende-se que norma interna, exigindo a renúncia do direito de ação para reivindicar parcelas decorrentes do contrato do trabalho em face da adesão ao novo PCS da reclamada, revela-se cláusula abusiva a qual consubstancia obstáculo ao direito-garantia constitucional de acesso ao Judiciário, insculpido no seu art. 5º, inciso XXXV. Recurso de revista conhecido e provido. (...)” (ARR 377-22.2011.5.05.0195, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, j. 18.04.2018, 6ª Turma, DEJT 20.04.2018) (grifo nosso)

18 CF: “Art. 5º (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

19 Disponível em: <http://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236164/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 20 mar. 2019.

uma queixa ou participação em procedimento estabelecido contra o empregador por supostas violações de leis ou regulamentos, ou apresentação de recurso perante as autoridades administrativas competentes. A vigência da referida convenção no direito brasileiro é objeto de discussão no âmbito do STF (ADI 1.625), tendo em vista a unilateralidade da denúncia da norma internacional pelo Presidente da República. Porém, ainda que se conclua que a convenção não está em vigor no Brasil, é possível cogitar de sua aplicação como regra de direito comparado para suprir lacuna normativa, conforme autorizado no *caput* do art. 8º da CLT;

b) a *Convenção n.º 155*²⁰, sobre a Segurança e Saúde dos Trabalhadores, indicando no art. 5º, *e*, a necessidade de que a política nacional laboral de segurança e saúde deverá levar em consideração a proteção dos trabalhadores e de seus representantes contra toda medida disciplinar empreendida pelo empregador, em razão de conduta obreira reivindicatória em matéria de meio ambiente do trabalho. Essa perspectiva é fundamental para a proteção da integridade física e mental dos trabalhadores, na medida em que garante o diálogo com a empresa ou até mesmo denúncias a órgãos fiscalizatórios acerca de condições adversas de trabalho, permitindo a concretização da regra constitucional de redução dos riscos inerentes ao trabalho (CF, art. 7º, XXII);

Não obstante, a *Convenção n.º III*²¹ da OIT tem sido invocada nos casos envolvendo indenidade, haja vista que a conduta patronal abusiva configura ato discriminatório. É que a conduta obreira de reivindicar um determinado direito não constitui critério razoável de discriminação, seja para permanência no emprego ou para manutenção de uma determinada condição de trabalho. Assim, o direito de indenidade possui forte origem no princípio da igualdade e na proibição de discriminações, notadamente com fulcro ao pleno acesso à justiça.

4 – Fundamentos da indenidade e respaldo jurídico no Brasil

A indenidade envolve o direito de não discriminação, já que, com a retaliação, o empregador elege um critério não razoável (o não exercício ao direito de ação ou de reivindicação) como premissa necessária à permanência no emprego, função ou condição jurídica do trabalhador (CF/88, art. 3º, IV, e art. 5º, XXXV e XLI). Por isso, a jurisprudência trabalhista brasileira vem

20 Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 20 mar. 2019.

21 Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235325/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 20 mar. 2019.

utilizando a Lei nº 9.029/95 para instrumentalizar a garantia de indenidade, conferindo imunidade ao trabalhador que reivindica seus direitos, em oposição a represálias patronais injustificadas. A referida lei proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho. No entanto, importante frisar que a aplicação e alcance desta lei demandaram alguns esforços hermenêuticos.

Em sua redação original, a lei mencionava (art. 1º), a proibição de adoção de prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego ou sua manutenção, por motivo de *sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade*, com a ressalva de proteção às crianças e adolescentes (CF, art. 7º, XXXIII). Com isso, discutia-se se alguma situação discriminatória não captada expressamente pelo legislador estaria ou não albergada pela disciplina legal. A questão era saber se o rol de discriminações proibidas pela lei seria exaustivo ou exemplificativo.

Sempre compreendemos que o rol era meramente exemplificativo²², porque a discriminação está, antes de mais nada, subordinada aos ditames da Convenção nº 111 da OIT, sobre Discriminação em matéria de emprego e ocupação. Segundo a mencionada convenção (art. 1º), a discriminação compreende toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão, além de outras distinções consideradas inválidas pelo Estado-membro da OIT, depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

Resolvendo a respectiva polêmica, a Lei nº 13.146/2015 alterou a Lei nº 9.029/95, para indicar a proibição de práticas discriminatórias ligadas ao *sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros*, o que pacifica a matéria. Não obstante, é importante notar que a jurisprudência do TST vem apontando que, mesmo

22 É que também sustenta Firmino Alves Lima: “até mesmo como princípio que rege as normas que tratam da discriminação, as enumerações de motivos nos diplomas antidiscriminatórios não são limitativas, mas tão somente indicativas, salvo quando determinada norma pretender atacar uma motivação específica de discriminação” (*Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006. p. 256).

antes da alteração legislativa, o rol de discriminações passíveis de combate era meramente exemplificativo²³.

Assim, considerando a represália patronal violadora da indenidade como ato discriminatório, será aplicável o art. 4º da Lei nº 9.029/95²⁴, pelo qual a nulidade da conduta implica, além da indenização por dano moral, na opção do empregado em ser reintegrado, com o pagamento dos salários e demais vantagens do período de afastamento ou receber indenização compensatória. Cabe frisar que tal opção cabe ao trabalhador prejudicado.

A norma deixa uma dúvida: afinal, se o empregado discriminado pleitear indenização compensatória, em lugar da reintegração no emprego, qual será o limite final da apuração da indenização?

- 23 “RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. INDENIZAÇÃO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PERÍODO DE AFASTAMENTO. LEI Nº 9.029/95. ROL EXEMPLIFICATIVO. O art. 1º da Lei nº 9.029/95, com a redação vigente ao tempo do ajuizamento da reclamação trabalhista, dispunha ser ‘proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção a menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal’. Resta claro, pois, que o *legislador quis coibir a adoção de qualquer prática discriminatória para acesso a emprego, trazendo, no corpo do dispositivo, mero rol exemplificativo*. Essa intenção fica mais evidente quando se percebe que, após alguns questionamentos, a redação do art. 1º da Lei nº 9.029/95 foi alterada pela Lei nº 12.146/2015, para explicitar o que já era evidente, acrescentando-se apenas o termo ‘entre outros’ após os motivos que já citava na redação anterior. Constata-se, portanto, que o legislador, ao elencar alguns motivos, ‘entre outros’, não pretendeu restringir àqueles pelos quais poderia ser configurada prática discriminatória limitativa de acesso ou manutenção do emprego. Ao contrário, quis deixar evidente o que já tinha estabelecido na redação original do dispositivo, que havia prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso ou manutenção da relação de trabalho por aqueles motivos citados (sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade), sem prejuízo de outros mais que configurassem situação discriminatória. Dessa forma, tem-se, sem sombra de dúvida, que o art. 1º da Lei nº 9.029/95 nunca trouxe rol restritivo, mas apenas exemplificativo, o que conduz à conclusão de que, sendo comprovada conduta discriminatória na dispensa do empregado, tem aplicação o diploma legal sob análise. Por outro lado, o art. 4º da referida Lei nº 9.029/95 faculta ao empregado o direito de optar pela reintegração ou percepção em dobro da remuneração do período de afastamento. No caso, restou comprovado que a dispensa foi retaliatória, pelo fato de o reclamante ter ajuizado ação contra a empresa, e o reclamante insiste no recurso de embargos em sua reintegração aos quadros da reclamada, com o restabelecimento do pagamento de seus vencimentos mensais. Assim, havendo perfeita adequação aos ditames da Lei nº 9.029/95, determina-se a reintegração do reclamante ao emprego, com o pagamento de todas as verbas devidas no período do afastamento, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros. Recurso de embargos de que se conhece e a que se dá provimento.” (E-RR-807-35.2013.5.09.0892, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, j. 26.10.2017, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 16.03.2018)
- 24 Lei nº 9.029/95: “Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre: (Redação dada pela Lei nº 12.288, de 2010) I – a reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros legais; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) II – a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais”.

Três interpretações possíveis aparecem:

a) seria devida a apuração dos salários e vantagens pecuniárias desde o desligamento irregular até a data da propositura da ação, por ser este o momento em que o empregado faz a opção pela indenização;

b) a apuração seria dos valores devidos da data do afastamento até a data da primeira decisão que considerou o caráter discriminatório do desligamento, por invocação da diretriz fixada na Súmula nº 28 do TST (já cancelada), a indicar que, “no caso de se converter a reintegração em indenização dobrada, o direito aos salários é assegurado até a data da primeira decisão que determinou essa conversão”;

c) a apuração será feita até a data do trânsito em julgado, momento em que seria apurado o valor da indenização.

Temos que a terceira solução apresentada melhor condiz com o sentido protetivo do direito do trabalho (regra do *in dubio pro operario*), além de traduzir efetivo combate à discriminação nas relações de trabalho. Assim, tal entendimento é mais adequado por revelar a efetiva indenização substitutiva: caso o trabalhador opte pela reintegração, terá apuração dos salários e demais vantagens até o retorno ao emprego, o que, em geral, ocorrerá após o trânsito em julgado; se optar pela indenização compensatória, esta deve corresponder à dobra do valor que receberia ao ser reintegrado, premissa que só será observada caso haja apuração pecuniária da data do desligamento até o trânsito em julgado da ação que reconheceu o caráter discriminatório da despedida.

5 – Defesa coletiva dos trabalhadores por meio da garantia de indenidade

A indenidade instrumentaliza a proteção dos direitos fundamentais à não discriminação e à tutela judicial efetiva. Assim, tratando-se de defesa de direitos fundamentais, o Ministério Público do Trabalho possui legitimidade para ajuizar ação civil pública para combater condutas patronais inadequadas. O protagonismo processual do MPT neste campo está assegurado pelos arts. 127, *caput*, e 129, III e IX, da Constituição Federal²⁵ c/c os arts. 83, incisos

25 CF: “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (...) IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”.

I, II, III, e 84 da Lei Complementar nº 75/93²⁶ e 81, 82, I, e 91 do Código de Defesa do Consumidor²⁷ (microsistema coletivo).

Podemos citar como exemplo a atuação do MPT quando visa a anular e impedir a prática de atos discriminatórios da empresa, concernentes em dispensa e sanções de caráter pecuniário a empregados que ajuizaram reclamação trabalhista e não aderiram ao acordo judicial proposto pela empresa²⁸.

26 Lei Complementar nº 75/93: “Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: I – promover as ações que lhe sejam atribuídas pela Constituição Federal e pelas leis trabalhistas; II – manifestar-se em qualquer fase do processo trabalhista, acolhendo solicitação do juiz ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse público que justifique a intervenção; III – promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos; (...) Art. 84. Incumbe ao Ministério Público do Trabalho, no âmbito das suas atribuições, exercer as funções institucionais previstas nos Capítulos I, II, III e IV do Título I, especialmente: (...) II – instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos, sempre que cabíveis, para assegurar a observância dos direitos sociais dos trabalhadores; (...) V – exercer outras atribuições que lhe forem conferidas por lei, desde que compatíveis com sua finalidade”.

27 Código de Defesa do Consumidor: “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I – o Ministério Público (...). Art. 91. Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes”.

28 “RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI Nº 11.496/07. PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. (...) LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL COLETIVA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. PRETENSÃO RELATIVA A DISPENSA E SANÇÕES DE CARÁTER PECUNIÁRIO A EMPREGADOS QUE PROPUSERAM RECLAMATÓRIA TRABALHISTA CONTRA A EMPREGADORA E NÃO ADERIRAM AO ACORDO JUDICIAL PROPOSTO PELA EMPRESA. A legitimidade do Ministério Público do Trabalho para ajuizar ação civil pública ou ação coletiva está assegurada pelos arts. 127, *caput*, e 129, III e IX, da Constituição Federal c/c os arts. 83 e 84 da Lei Complementar nº 75/93 e 81, 82, I, e 91 do Código de Defesa do Consumidor. Dessa forma, sempre que restar caracterizada lesão a uma coletividade definida de trabalhadores e existir, conseqüentemente, um ato lesivo a contratos de trabalho, de forma direta ou indireta, o Ministério Público do Trabalho terá legitimidade para ajuizar ação com vistas a tutelar o direito correspondente em juízo. No caso dos autos, verifica-se que a *pretensão do Parquet visa a anular e impedir a alegada prática de atos discriminatórios da empresa, concernentes em dispensa e sanções de caráter pecuniário (supressão de gratificações e adicionais), a empregados que ajuizaram reclamatória trabalhista e não aderiram ao acordo judicial proposto pela empresa*. Trata-se de pretensão relativa a interesse social relevante, objetivando impedir o alegado abuso do direito potestativo patronal (CF/88, art. 7º, I) como forma de retaliação aos empregados que exerceram o direito fundamental de acesso ao Judiciário que implicaria afronta àquela outra garantia fundamental prevista na Constituição da República, concernente a não discriminação (CF/88, art. 5º, *caput* e inciso XXXV). A hipótese, se confirmada, configurará típico caso de aplicação do instituto que a doutrina jurídica moderna, sobretudo espanhola, denomina, na expressão dos doutrinadores espanhóis Casas Baamonde e Rodríguez-Piñero, *garantia de inden-*

Além do Ministério Público do Trabalho, o sindicato da categoria profissional também ostenta legitimidade para atuar em ações que visam combater atos patronais de represália ao exercício ou reivindicação de direitos pelos trabalhadores. É que a Constituição Federal (art. 8º, III) estabelece que cabe ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas. Assim, como, inclusive reconhecido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁹, a legitimidade do sindicato para atuar como substituto processual na defesa de interesses individuais dos trabalhadores lesados é ampla, o que alcançaria a repressão a atos violadores da garantia de indenidade.

6 – Ônus da prova quanto à violação da indenidade

Em geral, seria inviável provar a intenção discriminatória ou de represália do empregador, por traduzir aspecto psicológico de difícil demonstração. Por isso, a jurisprudência vem apontando que o desligamento em seguida ao ajuizamento de ação trabalhista presume-se discriminatório, cabendo ao empregador demonstrar um motivo de ruptura contratual diverso da represália presumida³⁰.

dade, a qual consiste em 'uma técnica de proteção do exercício dos direitos fundamentais', na busca da 'ineficácia dos atos empresariais lesivos de direitos fundamentais' dos trabalhadores. Destaque-se que não se cuida, como pareceu à Turma, de direito insusceptível de tutela por ação civil coletiva, porque preponderaria o poder potestativo de resilição contratual. O Supremo Tribunal Federal reconhece a relevância da pretensão ligada à garantia de indenidade, ao considerar que, se 'de um lado reconhece-se o direito do empregador de fazer cessar o contrato a qualquer momento, sem que esteja obrigado a justificar a conduta, de outro não se pode olvidar que o exercício respectivo há que ocorrer sob a égide legal e esta não o contempla como via oblíqua para se punir aqueles que, possuidores de sentimento democrático e certos da convivência em sociedade, ousaram posicionar-se politicamente, só que o fazendo de forma contrária aos interesses do copartícipe da força de produção' (RE 130.206/PA, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 14.08.92). No âmbito desta Subseção Especializada, há precedentes que também respaldam esse entendimento (E-RR 155200-45.1999.5.07.0024, de relatoria do Ministro Lélío Bentes Corrêa, DEJT 23.03.2012 e E-RR 7633000-19.2003.5.14.0900, Rel. Min. Ives Gandra Martins, j. 29.03.2012, DEJT 13.04.2012). Logo, diante da relevância do direito perseguido e da plausibilidade da postulação, não há dúvida da legitimidade do Ministério Público do Trabalho para ajuizar a presente demanda. Recurso de embargos conhecido e provido." (E-ED-RR 97400-58.2003.5.19.0003, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, j. 21.06.2012, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 29.06.2012)

29 “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ART. 8º, III, DA LEI MAIOR. SINDICATO. LEGITIMIDADE. SUBSTITUTO PROCESSUAL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. I – Repercussão geral reconhecida e reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da ampla legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam, inclusive nas liquidações e execuções de sentença, independentemente de autorização dos substituídos.” (RE 883.642 RG, Rel. Min. Presidente, j. 18.06.2015, acórdão eletrônico, repercussão geral, mérito, DJE-124 divulg. 25.06.2015, public. 26.06.2015)

30 “RECURSO DE REVISTA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA DECORRENTE DO AJUIZAMENTO DE RECLAMATÓRIA TRABALHISTA EM DESFAVOR DA EMPREGADORA. ÔNUS DA PROVA.

Nesse diapasão, a nova norma contida no art. 818 da CLT dispõe sobre três critérios de distribuição do ônus da prova no processo do trabalho: o critério tradicional estático; o critério dinâmico imposto por norma jurídica, normalmente invertendo o ônus da prova; o critério facultativamente adotado pelo juiz para inversão do ônus da prova, segundo as peculiaridades do caso concreto, com fundamento no princípio da aptidão da prova³¹. Na hipótese de discussão de violação da garantia de indenidade, o princípio da aptidão probatória incidiria para possibilitar a inversão do ônus da prova, mediante decisão fundamentada do juiz e com a oportunidade de produção de provas pelo empregador, contra quem recairá o encargo processual (art. 818, § 1º, da CLT, incluído pela Lei nº 13.467, de 2017³²), em observância ao contraditório, ampla defesa e não surpresa.

Não estamos a defender a exigência de prova de fato negativo pela empresa, e sim, a prova de legitimidade para o ato considerado presumivelmente de represália.

É importante frisar que é *relativa* a presunção de discriminação diante da dispensa seguida do ajuizamento de ação e, assim, o empregador pode produzir elementos probatórios que desfaçam tal presunção, permitindo a conclusão de que a dispensa não constituiu ato discriminatório.

No caso, é incontroverso que *a dispensa do autor se deu 13 (treze) dias após o ajuizamento de ação trabalhista contra a ré*. Nesse cenário, em que *é presumível o caráter discriminatório da demissão, cabe ao empregador o ônus da prova da regularidade da dispensa*. Isso porque o direito de rescisão unilateral do contrato de trabalho, mediante iniciativa do empregador, como expressão de seu direito potestativo, não é ilimitado, encontrando fronteira em nosso ordenamento jurídico, notadamente na Constituição Federal, que, além de ter erigido como fundamento de nossa Nação a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV), repele todo tipo de discriminação (art. 3º, IV) e reconhece como direito do trabalhador a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária (art. 7º, I). No presente caso, emerge dos autos a presunção de que a dispensa imotivada do reclamante, treze dias após ajuizar ação trabalhista, por iniciativa do empregador, foi discriminatória e arbitrária, até porque *não houve nenhuma prova de que ela tenha ocorrido em razão dos motivos arguidos pela ré* em sua defesa, constituindo, portanto, afronta aos princípios gerais do direito, especialmente os previstos nos arts. 1º, III, 3º, IV, 7º, I, e 170 da Constituição Federal. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR 1345-12.2011.5.12.0016, Relª Minª Delaíde Miranda Arantes, j. 20.09.2017, 2ª Turma, DEJT 29.09.2017)

31 Sobre a nova norma contida no art. 818 da CLT: SOUZA Jr., Antonio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017 e da Med. Prov. nº 808/2017*. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2018. p. 480-488.

32 CLT: “Art. 818. O ônus da prova incumbe: § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.”

DOCTRINA

Para melhor elucidar a temática, listamos situações que nos parecem legitimar a despedida do reclamante, sem que se caracterize a prática discriminatória, cujo ônus de prova é do empregador:

a) o reclamante praticou falta grave ou vem demonstrando conduta incompatível com os deveres de diligência e fidelidade no contrato de trabalho. Aqui recuperamos a ideia de que a reinvidicação de um direito pela via judicial ou extrajudicial não imuniza o contrato de trabalho contra o legítimo exercício do poder empregatício, pois o trabalhador não está dispensado das obrigações inerentes ao próprio contrato de trabalho;

b) a empresa demonstra que há outros empregados com ação na justiça e que não foram despedidos, circunstância que afasta a presunção de discriminação. Assim, tal prova é um indício de que não houve um ato de represália, não obstante, o ônus probatório quanto ao efetivo ato de discriminação passa a ser do trabalhador;

c) a empresa demonstra que a despedida está inserida num processo de renovação ou redução do quadro de pessoal, provando que outros trabalhadores que não possuem ação na justiça foram despedidos na mesma época que o reclamante, a induzir a ideia de que o ajuizamento da ação não foi fator determinante para o desligamento.

Por fim, citamos que não se pode condenar e reprimir a despedida após o exercício abusivo do direito de ação por parte do trabalhador. Assim, julgado improcedente o seu pedido com imposição de condenação por litigância de má-fé, em especial por alteração da verdade dos fatos (CLT, art. 793-B, II³³), sem desprezar a polêmica que envolve o tema, parece-nos que a despedida, ainda que motivada pelo processo judicial, será tida por legítima. É que, nesta hipótese, não se trata de mera represália patronal ao exercício do direito de ação, mas, sim, reação legítima em romper o contrato de trabalho de empregado que produziu, com seu comportamento processual improbo, a quebra da necessária fideduciação como elemento de manutenção do contrato³⁴.

33 CLT: “Art. 793-B. Considera-se litigante de má-fé aquele que: (...) II – alterar a verdade dos fatos”.

34 Tendo em vista o caráter bilateral do contrato de trabalho, observam-se direitos e deveres recíprocos, de ambas as partes, merecendo destaque: “(...) O dever de fidelidade, uma vez que o empregador mantém relação de fideduciação, ou seja, confiança, com o empregado, devendo este colaborar com os fins da empresa (...)” (GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 102).

7 – Situações a atrair a aplicação do direito de indenidade

Após compreensão do instituto, listamos situações que atrairão a aplicação da garantia de indenidade:

a) a empresa ameaça dispensar os empregados que não desistirem de reclamações trabalhistas ajuizadas³⁵, cabendo destacar que tal situação foi objeto do primeiro julgamento da SDI-1 do TST, afirmando a garantia de indenidade, em decisão cujo relator foi o Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho;

b) a empresa dispensa o empregado pelo fato de depor em processo trabalhista na condição de testemunha³⁶, conforme é vedado pelo art. 729 da CLT³⁷;

35 “DISPENSA RETALIATÓRIA. DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DO AJUIZAMENTO DE RECLAMATÓRIA TRABALHISTA. ABUSO DE DIREITO. REINTEGRAÇÃO. *Demonstrado o caráter retaliatório da dispensa promovida pela Empresa, em face do ajuizamento de ação trabalhista por parte do Empregado, ao ameaçar demitir os empregados que não desistissem das reclamatórias ajuizadas, há agravamento da situação de fato no processo em curso, justificando o pleito de preservação do emprego. A dispensa, nessa hipótese, apresenta-se discriminatória e, se não reconhecido esse caráter à despedida, a Justiça do Trabalho passa a ser apenas a justiça dos desempregados, ante o temor de ingresso em juízo durante a relação empregatícia. Garantir ao trabalhador o acesso direto à Justiça, independentemente da atuação do Sindicato ou do Ministério Público, decorre do texto constitucional (CF, art. 5º, XXXV), e da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (arts. VIII e X), sendo vedada a discriminação no emprego (Convenções ns. 111 e 117 da OIT) e assegurada ao trabalhador a indenidade frente a eventuais retaliações do empregador (cf. CARVALHO, Augusto César Leite de. Direito fundamental de ação trabalhista. *Revista Trabalhista: Direito e Processo*, Rio de Janeiro, Anamatra/Forense, ano 1, v. 1, n. 1, jan./mar. 2002). Diante de tal quadro, o pleito reintegratório merece agasalho. Recurso de embargos conhecido e provido.” (E-RR 7633000-19.2003.5.14.0900, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, j. 29.03.2012, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 13.04.2012)*

36 “(...) AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELO RECLAMADO. DANO MORAL. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. DESPEDIDA. RETALIAÇÃO PELO TEOR DO DEPOIMENTO DA RECLAMANTE, NA CONDIÇÃO DE TESTEMUNHA DO RECLAMADO, EM RECLAMAÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA POR OUTRA EMPREGADA. COMPENSAÇÃO. *QUANTUM*. PROVIMENTO. Ante uma possível violação do art. 5º, V, da Constituição Federal, dá-se provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento a que se dá provimento. (...) 4. DANO MORAL. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. DESPEDIDA. RETALIAÇÃO PELO TEOR DO DEPOIMENTO DA RECLAMANTE, NA CONDIÇÃO DE TESTEMUNHA DO RECLAMADO, EM RECLAMAÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA POR OUTRA EMPREGADA. COMPENSAÇÃO. *QUANTUM*. PROVIMENTO. Embora a lei não estabeleça um parâmetro rigidamente definido para se apurar o valor da compensação por dano moral, a regra recomenda que a indenização seja suficientemente reparadora, minimizando o sofrimento da vítima, e, ao mesmo tempo, apta a desestimular a prática continuada da conduta ilícita. No caso, o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para a compensação por danos morais à reclamante, em razão de ter sido despedida por causa do teor do seu depoimento como testemunha do reclamado em reclamação trabalhista ajuizada por outra empregada, mostra-se excessivo e desarrazoado. Em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, reduz-se o valor para o importe de R\$ 25.000,00. Precedentes. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.” (ARR 68900-49.2009.5.19.0007, Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, j. 29.03.2017, 5ª Turma, DEJT 31.03.2017)

37 Segundo Antônio Umberto de Souza Júnior, Fabiano Coelho de Souza, Ney Maranhão, Platon Teixeira de Azevedo Neto (*Manual prático das audiências trabalhistas*. São Paulo: RT, 2018, p. 206-207): “(...) a testemunha tem o direito de não sofrer represálias em virtude de seu comparecimento a juízo. Nesse sentido, o art. 729 da CLT impõe multa pecuniária ao empregador que impedir ou tentar impedir que

c) a empresa dispensa o empregado por razões de ordem político-partidária³⁸;

d) o tomador de serviços que interfere na exclusão do trabalhador de seu contrato de prestação de serviços em razão do ajuizamento de reclamação trabalhista contra o antigo contratado³⁹, o que demonstra que a garantia de indenidade também se presta a garantir a empregabilidade do indivíduo contra eventuais condutas abusivas em processo seletivo de emprego ou ruptura;

e) o rebaixamento de função em virtude de o empregado não ceder à pressão patronal para desistir de ação judicial⁴⁰.

empregado seu preste depoimento na Justiça do Trabalho (§ 1º) ou que dispensar seu empregado pelo fato de haver prestado depoimento como testemunha, sem prejuízo da indenização que a lei estabeleça (§ 2º). Vale esclarecer que tais multas são de natureza administrativa, não revertendo, pois, a favor do trabalhador prejudicado. Isso não significa, por óbvio, que essas situações não rendam ensejo, igualmente, a justas reparações no campo da responsabilidade civil. A propósito, materializando tal proteção do empregado contra represálias patronais, inclusive por participação em processo judicial na condição de testemunha, a doutrina e a jurisprudência trabalhistas têm enunciado o chamado direito de indenidade, pelo qual o trabalhador não pode sofrer represália em razão de sua atuação processual, inclusive como testemunha (...).”

38 “CONSTITUCIONAL. TRABALHISTA. NULIDADE DE ATO DE DESPEDIDA DE EMPREGADOS DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA, POR RAZÕES DE ORDEM POLÍTICO-PARTIDÁRIA. VIOLAÇÃO DO ART. 153, §§ 1º, 5º, 6º E 8º, DA CF/69. Decisão incensurável, por haver-se configurado *flagrante violação ao princípio da liberdade de convicção política*, constitucionalmente consagrado, ao qual estão especialmente adstritos os entes da Administração Pública. Recurso não conhecido.” (RE 130.206, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, j. 17.09.91, DJ 22.11.91, pp-16848, ement. vol-01643-02. pp-00267, RTJ, vol-00138-01, pp-00284) (grifos nossos)

39 “AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO ANTES DA LEI Nº 13.015/2014. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AJUIZAMENTO DE AÇÃO TRABALHISTA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. A jurisprudência desta Corte reconhece que a dispensa do empregado em virtude do ajuizamento de ação trabalhista é discriminatória e enseja o pagamento de indenização por danos morais. No caso, o v. acórdão, diante da análise do contexto fático probatório delineado nos autos (em especial, a prova testemunhal), explicitou que, pelo fato de o empregado ter ajuizado reclamação trabalhista em face do Banco do Brasil, foi por este impedido de ser contratado pela empresa Security, que sucedeu a antiga empregadora, a Concreta, nos serviços de vigilância do Banco reclamado, concluindo que a dispensa foi discriminatória. Com efeito, a ruptura contratual nessas circunstâncias é discriminatória e atenta contra o direito do empregado de valer-se da ação judicial para buscar a reparação do direito constitucional de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF/88), ensejando a indenização por danos morais. Incidência do óbice da Súmula nº 333 do TST à admissibilidade do recurso de revista. Precedentes do TST. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.” (AIRR 620-47.2010.5.15.0057, Relª Minª Maria Helena Mallmann, j. 24.05.2016, 2ª Turma, DEJT 03.06.2016)

40 “(...) INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AÇÃO JUDICIAL. REBAIXAMENTO DE FUNÇÃO. O Tribunal *a quo*, soberano na análise das provas, corroborou o entendimento do Juízo de 1º grau de que a CEF destituiu a autora do cargo de confiança que ocupava – gerente de relacionamento – em virtude de não ter cedido à pressão para desistir de ação judicial em que pretendia a incorporação da parcela CTVA. Ficou rechaçada no acórdão regional a argumentação da CEF de perda da função de confiança decorrente de maus resultados, constando na decisão recorrida que no período em que a autora ocupava a gerência de relacionamento, a agência sempre apresentou bons rendimentos financeiros e comerciais, destacando o fato de ser considerada a melhor agência do País em 2008 e também obter bons resultados em 2009. Consta ainda da decisão recorrida o fato de outros gerentes, que desistiram das ações

Assim, ressaltamos que a incidência do direito de indenidade pressupõe analisar, caso a caso, se o empregador está impondo retaliação injustificável pela manifestação reivindicatória do trabalhador.

8 – Conclusão

O Direito do Trabalho possui um eixo norteador de toda a sua estrutura, qual seja, a melhoria das condições socioprofissionais do trabalhador. Por isso, a interpretação das normas deve passar por um filtro de constitucionalidade e convencionalidade, em necessária e imprescindível vedação ao retrocesso social. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, os tratados internacionais de direitos humanos oriundos da Organização Internacional do Trabalho, e a legislação ordinária, buscam harmonizar o capital e o trabalho.

Não obstante, sobre o aspecto da hierarquia das normas, o Direito do Trabalho possui interpretação diversa do direito comum, à medida que prevalecerá na pirâmide hierárquica aquela norma que melhor expresse e responda ao objetivo teleológico central justralhista, ou seja, o critério da norma mais favorável ao hipossuficiente.

Nessa senda, é importante frisar que o direito do empregador de dispensar imotivadamente o empregado (art. 7º, I, da CF), bem como exercer os poderes diretivos na condução de seu empreendimento, não é absoluto, e deve ser sopesado em harmonia dos demais bens jurídicos preservados pela ordem constitucional.

trabalhistas, continuarem nos cargos ocupados, pelo que o Tribunal Regional concluiu ter a CEF agido de forma retaliadora e discriminatória ao rebaixar a autora ao cargo de origem. Nesse contexto, não se vislumbra ofensa aos arts. 186 e 187 do Código Civil e 468, parágrafo único, da CLT. Por fim, diante da premissa fática da hipótese descrita nestes autos, o aresto colacionado não serve para o confronto de teses porque inespecífico. Incidência da Súmula nº 296 do TST. Recurso de revista não conhecido. DANO MORAL. INGRESSO DE AÇÃO TRABALHISTA CONTRA EMPREGADORA. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. A CEF foi condenada ao pagamento de indenização por danos morais em virtude de destituir a empregada da função de gerente de relacionamentos por não ter cedido às pressões para desistir da reclamação trabalhista que intentara contra a empresa. A e. Corte Regional reduziu o valor arbitrado pelo Juízo de 1º grau de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) para R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), por considerar este novo valor suficiente para compensar o constrangimento da empregada e servir de desestímulo para a conduta da CEF. Ressalte-se que esta Corte, conforme o Superior Tribunal de Justiça, adota o entendimento de que o valor das indenizações por danos morais só pode ser modificado nas hipóteses em que as instâncias ordinárias fixaram importâncias fora dos limites da proporcionalidade e da razoabilidade, ou seja, porque o valor é exorbitante ou é irrisório, o que se verifica *in casu*, pois a quantia de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) contraria o princípio da razoabilidade. Recurso de revista conhecido por violação do art. 5º, X, da Constituição Federal e provido. (...)” (ARR 329900-39.2009.5.03.0063, Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte, j. 03.02.2016, 3ª Turma, DEJT 12.02.2016)

DOCTRINA

Assim, a garantia do trabalhador de reclamar judicialmente contra as violações dos seus direitos laborais deve ser assegurada em face de medidas de retaliação que ameacem a sua permanência no emprego, sob pena de inviabilizar a atuação do Poder Judiciário no curso das relações de emprego. Da mesma forma, a participação no exercício do direito de greve, na reivindicação de melhores condições ambientais de trabalho ou no cumprimento e efetivação de um determinado direito perante o empregador, merece a proteção adequada do ordenamento jurídico. É o que prevê a garantia de indenidade, pela qual o trabalhador pode exercer livremente o direito fundamental de reivindicação, na esfera judicial, inclusive, sem sofrer represálias por parte do empregador.

Referências bibliográficas

- ALONSO, D. Álvarez. *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*. Albacete: Bomarzo, 2005.
- CARVALHO, Augusto César Leite de. *Garantia de indenidade no Brasil: o livre exercício do direito fundamental de ação sem o temor de represaria patronal*. São Paulo: LTr, 2013.
- DELGADO, Gabriela Neves et al. *Direito constitucional do trabalho: princípios e jurisdição constitucional do TST*. São Paulo: LTr, 2015.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- KELSEN, H. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.
- _____. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- LIMA, Firmino Alves. *Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.
- MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, RT, jan./mar. 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- PALOMEQUE LÓPES, Manuel Carlos; ÁLVARES DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del trabajo*. 14. ed. Madri: Ramón Areces, 2006.
- PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de direito individual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1997.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SOUZA Jr., Antonio Umberto de *Manual prático das audiências trabalhistas*. São Paulo: RT, 2018.

DOCTRINA

_____; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017 e da Med. Prov. nº 808/2017*. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TEJEDOR, José Antonio Baz. *La tutela judicial de los derechos fundamentales en el proceso de trabajo*. Valladolid: Lex Nova, 2006.

Recebido em: 22/03/2019

Aprovado em: 24/04/2019

HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL E CEJUSC – ALGUMAS REFLEXÕES

VALIDATION OF EXTRAJUDICIAL AGREEMENT AND CEJUSC – SOME REFLEXIONS

Doroteia Silva de Azevedo Mota*

RESUMO: Este artigo trata da legalidade dos requisitos ao procedimento de homologação do Acordo Extrajudicial na Justiça do Trabalho, por meio de atos como portarias ou resoluções judiciais. Explica a Negociação e a Mediação, como métodos de resolução apropriada de disputas, e por que motivo a existência de tais requisitos não significa interferência indesejada. Por fim, estabelece que a homologação do Acordo Extrajudicial pode ser feita no CEJUSC, sob a égide da Resolução CSJT nº 174/2016, mesmo em se tratando de jurisdição voluntária, em que não há, em tese, um conflito a ser resolvido. O artigo relata, ainda, a experiência vivida pelo CEJUSC TRT5 na área, fazendo uma rápida análise de cada um dos requisitos estabelecidos pelo Nupemec.

PALAVRAS-CHAVE: Negociação. Acordo Extrajudicial. CEJUSC. Reforma Trabalhista.

ABSTRACT: This article is about the legality of conditions added to the procedure of validation of the Extrajudicial Agreement at the Labor and Employment court, using judicial acts or resolutions. It explains Negotiation and Mediation as methods of appropriate dispute resolution, and why the existence of such conditions does not mean undesired interference. At last, it establishes that the validation of the Extrajudicial Agreement can be done at CEJUSC, under the rules of Resolution CSJT 174/2016, even being voluntary jurisdiction, when, theoretically, there is not a conflict to be resolved. The article still relates the experience of CEJUSC TRT5 in the field, making an analysis of each of the conditions established by Nupemec.

KEYWORDS: Negotiation. Extrajudicial Agreement. CEJUSC. Labor Reform.

1 – Introdução

A Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) inaugurou uma nova forma de término do contrato de trabalho, alinhando-a ao lado das despedidas com e sem justa causa, pedido de demissão, culpa recíproca, força maior, morte do empregador e fato do príncipe: o Acordo Extrajudicial, previsto

* Juíza do Trabalho, titular da 5ª Vara do Trabalho de Salvador (BA); auxiliar da Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região no biênio 2017/2019; coordenadora do CEJUSC1 TRT5; Masters of Law (LLM) em Resolução de Disputas, com foco em Mediação, pela Pepperdine University, Malibu, California, EUA; especialista em Direito Constitucional do Trabalho pela Universidade Federal da Bahia; graduada em Direito pela Universidade Católica do Salvador e mediadora judicial.

DOCTRINA

nos arts. 484-A e seguintes da CLT, com procedimento de homologação descrito nos arts. 855-B e 855-E, também da Consolidação das Leis do Trabalho.

A denominação “extrajudicial” é exatamente o que diz o termo: fora da justiça, do processo, sem a participação de seus juizes e servidores na discussão das cláusulas do acordo.

Não se confunde o conteúdo do Acordo Extrajudicial com sua homologação: o conteúdo diz respeito ao direito material do trabalho, ou seja, as verbas devidas no Acordo Extrajudicial são estudadas no âmbito do Direito do Trabalho, ao passo que sua homologação é tratada pelo Processo do Trabalho, como regra procedimental de jurisdição voluntária.

Nesse estudo, o foco será o *procedimento de homologação do Acordo Extrajudicial* feito pelo Magistrado do Trabalho, além dos requisitos estabelecidos em regras administrativas e o CEJUSC – Centro Judiciário de Métodos Consensuais de Solução de Disputas (conhecido como “Centro de Conciliação”).

Na análise do cabimento ou não dos requisitos para homologação, faz-se necessário o entendimento do instituto da Negociação, como método adequado de resolução de disputas, podendo ser extrajudicial ou judicial, bem assim o processo de Mediação, entendido como negociação assistida.

Alguns operadores do direito entendem que, uma vez firmado o Acordo Extrajudicial, não poderia o Juiz do Trabalho fixar requisitos para sua homologação, uma vez que isso implicaria o desrespeito à Negociação previamente instaurada entre as partes, baseada no Princípio da Autonomia da Vontade, e que o procedimento já estaria descrito na Consolidação das Leis do Trabalho, arts. 855-D e seguintes.

Existe, ainda, a corrente segundo a qual o CEJUSC – Centro Consensual de Métodos de Solução de Disputas, da Justiça do Trabalho, não poderia receber processos de Acordo Extrajudicial para homologar, pois, a rigor, não haveria uma disputa a ser dirimida ou resolvida, por se tratar de jurisdição voluntária. Outra corrente já pensa diferente: por ser voltado para a conciliação, o CEJUSC seria o órgão ideal para tratar dessas homologações.

O exame feito pelo presente artigo conduz à conclusão de que a homologação feita pelo Juiz ao Acordo Extrajudicial não interfere na Negociação realizada, seja ela assistida ou não.

Não há pretensão de se esgotarem todos os argumentos, mas busca-se traçar algumas considerações necessárias ao estudo do tema. A começar pela

Negociação e a Mediação, como instrumentos adequados de resolução de conflitos ou disputas.

2 – A negociação e a mediação como métodos apropriados de resolução de disputas e o acordo extrajudicial

O uso dos métodos adequados ou apropriados para resolução de conflitos ou disputas tem sido cada vez mais difundido, dentro e fora do Poder Judiciário. Com os tribunais abarrotados de ações, o que compromete a eficácia do Poder Judiciário e o Princípio da Razoável Duração do Processo, e tendo apenas o litígio como principal ferramenta para resolver as disputas, a sociedade brasileira aprendeu a se fazer valer de outros meios para dirimir suas contendas, elegendo aquele que melhor se adequa ao tipo de disputa vivenciada. Nesse cenário, outros métodos de resolução de conflitos ou disputas começaram a ser adotados pela sociedade, de que são exemplos a Negociação e a Mediação.

Inicialmente conhecidos como “meios *alternativos* de resolução de disputas”, pois representavam uma “alternativa” ao já conhecido e desgastado litígio ou disputa judicial, institutos como a Negociação e Mediação, em que pese já praticados há milhares de anos pelas diversas sociedades espalhadas pelo mundo e mesmo no seio das famílias – quem não tem um parente, normalmente mais idoso ou experiente, que costuma ser solicitado para ajudar a resolver disputas familiares? Ou quem não precisou negociar o valor de um produto ou serviço com um vendedor? –, trouxeram a alguns conflitos e suas resoluções uma lufada de ar puro, no sentido de se evitar o estresse e os custos decorrentes de um longo processo judicial.

A expressão “alternativa” foi paulatinamente substituída por “adequada” ou “apropriada”, pois representa diferentes maneiras de se resolver um conflito ou uma disputa, que podem ser usados extrajudicialmente ou mesmo dentro de um processo judicial. Porém, não se está aqui tratando de decisão adjudicada, mas do controle das partes do seu próprio processo.

A começar pela Negociação, que se apresenta como um método simples e pouco ou quase nada dispendioso, além de célere. Trata-se de uma forma autocompositiva de resolução de conflitos ou disputas, em que as próprias partes, sem a ajuda de um terceiro, buscam uma solução. A Negociação, como método, possui princípios e técnicas que são estudados para um melhor resultado, sendo a postura colaborativa, com foco em interesses, sempre almejada.

De acordo com Bacellar (2016):

DOCTRINA

“Negociação é um processo e uma técnica destinada a resolver diretamente divergências de interesses e percepções que tem por objetivo criar, manter ou evoluir um relacionamento baseado na confiança, gerando ou renovando compromissos múltiplos e facilitando a formulação de opções e proposições para um acordo ou de novos acordos.”

Para Guilherme (2018):

“Trata-se de um procedimento ágil em que as partes buscam chegar a um acordo que possa ser interessante a ambas, senso primordial a contribuição de cada dos litigantes, possivelmente com concessões até que seja encaminhada uma composição.”

Na Negociação, o controle do processo cabe às próprias partes, pois são elas que irão decidir qual a melhor forma de pôr fim ao conflito ou à disputa entre elas.

No litígio, a atitude competitiva é uma constante. Advogados que não compartilham informações, o elemento surpresa como um aliado, o processo baseado em provas, para construção de uma realidade denominada “jurídica”, o controle e a decisão em mãos de um terceiro neutro, o Juiz, representando o Estado no exercício de seu poder jurisdicional. O foco em posições e, muitas vezes, a tentativa das partes de “levar a melhor” na atuação processual, o conhecido “perde-ganha” como resultado.

Contrariamente, a postura *colaborativa* da Negociação procura se fixar no problema, não nas pessoas, e em interesses, não em posições. Pretende, como o próprio nome diz, uma maior colaboração das partes e advogados, com vistas a encontrar uma solução que atenda a ambos os lados, de maneira criativa, em um “ganha-ganha” que não encontra respaldo num processo judicial. Tudo sempre de acordo com a legislação vigente.

O que não significa dizer que há uma “prevalência” entre um e outro método de resolução de conflitos ou disputas, é bom que se diga. Existem demandas que jamais irão se resolver por acordo. É possível citar como exemplo aqueles casos em que as partes e advogados precisam ouvir do Juiz qual a sua sentença para aquela determinada disputa (os americanos chamam de “ter o seu dia na corte”); ou aqueles em que é preciso se fixar uma Jurisprudência para a matéria debatida.

Em todo caso, o importante é que a sociedade disponha de diferentes métodos para resolver seus conflitos, ainda que na esfera judicial.

DOCTRINA

Na Mediação, há também uma negociação, ou seja, as partes negociam os termos de um possível acordo, porém com a ajuda e intervenção de um terceiro, neutro, que não irá conceder aconselhamento jurídico, nem decidir o caso.

A Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação) apresenta uma definição de Mediação: “Considera-se Mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial e sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

Para Bacellar (2016):

“A mediação é única. Além de outras qualificações, ela representa um método adequado para tratar de soluções complexas (emocionais, relação de vários vínculos) e consiste em processo, que como tal tem de ser desenvolvido, passo a passo, com planejamento, com técnica e visão interdisciplinar.”

A Mediação é, também, cercada de Princípios que a informam, e que, no caso das disputas trabalhistas, se encontram elencados na Resolução nº 174/2016. A Lei de Mediação também contém os Princípios aplicados.

Pois bem. Diante de um conflito, no nosso caso específico, o término de um contrato de trabalho, as partes podem se utilizar da Negociação ou mesmo da Mediação para chegar a um acordo, que pode ser o Acordo Extrajudicial objeto do presente estudo.

Ao celebrar um acordo, uma transação, pressupõe-se que previamente houve um entendimento entre as partes, uma anuência de ambas para o estabelecimento da avença naquelas condições. Assim é com o Acordo Extrajudicial. Em outras palavras, é necessário um sinal positivo do empregado, no sentido de que aceita romper seu vínculo de emprego com o empregador, nos moldes previstos no art. 484-A da CLT; é preciso que o empregado dê o seu aval, a sua anuência, para chegar a um acordo com o empregador. Para tanto, o aconselhamento de um advogado se faz necessário.

A Lei nº 13.467/2017 já determina o *conteúdo* do Acordo Extrajudicial: aviso prévio, se indenizado, por metade; também por metade, a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS); saque de até 80% do valor dos depósitos de FGTS; na integralidade, as demais verbas trabalhistas (leia-se: aquelas devidas por força do rompimento contratual).

É importante notar que o prazo para pagamento continua existindo (dez dias), bem assim a multa devida acaso não respeitado esse prazo, conforme se

vê da nova redação do art. 477, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho, e seus parágrafos sexto e oitavo.

Feito o Acordo Extrajudicial, a Negociação ou Mediação que se iniciou é encerrada. O Acordo é o seu resultado. Para que as partes obtenham a chancela da Justiça, a Reforma Trabalhista cuidou de criar a “Homologação de Acordo Extrajudicial”, procedimento disposto nos arts. 855-B e seguintes da CLT.

De logo se vê que o procedimento citado não interfere na Negociação ou na Mediação, que já se encerrou. Assim, não há, no ato judicial que nega a Homologação, um desrespeito à Autonomia Privada de Vontade. As partes, com o seu ajuizamento, procuram uma homologação judicial que dará garantias ao que foi entabulado, seja de geração de título executivo judicial, seja da certeza de que não haverá a propositura de uma ação trabalhista litigiosa buscando o que já foi pago.

Sim, porque, uma vez homologado pelo Juiz, o acordo passa a ser exigível judicialmente, acaso não cumprido espontaneamente pelo devedor; e se transforma no equivalente a sentença judicial transitada em julgado, ou seja, aquela sentença contra a qual não cabe recurso, não podendo as parcelas constantes da quitação serem objeto de nova demanda judicial. É para obter essa “garantia”, que vem da homologação do acordo celebrado pelo Juiz do Trabalho, que as partes procuram a Justiça e podem propor a Ação de Homologação de Acordo Extrajudicial (HOTREX), cujo procedimento se encontra regulado no citado art. 855-B e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho.

3 – Requisitos para homologação de acordo extrajudicial

Como visto, a Reforma Trabalhista fixou, nos arts. 855-B a 855-E, o procedimento de homologação de Acordo Extrajudicial pela Justiça do Trabalho. Nele, o acordo já chega pronto, por petição conjunta, com advogados distintos. Tal petição, inclusive, suspende o prazo prescricional da ação quanto aos direitos nela especificados (art. 855-E, *caput*).

O legislador da Reforma Trabalhista não estabeleceu qualquer óbice à apreciação do acordo pelo juiz, ao contrário: no art. 855-D diz que “o juiz analisará o acordo, designará audiência se entender necessário e proferirá sentença”. Essa sentença será ou não de homologação do acordo.

Já se vislumbra, portanto, que a decisão de homologação, como não poderia ser de outra forma, pois se trata de ato judicial típico, compete exclusivamente ao Magistrado. Será ele, e apenas ele, que dirá se aquele acordo se encontra dentro dos limites legais e apto a ser homologado, assinado, confir-

mado pela Justiça e gerador de título executivo extrajudicial. Ao contrário da homologação praticada pelos sindicatos, quando apresentada uma rescisão de contrato de emprego, no Acordo Extrajudicial, o Juiz, ao homologá-lo, estará confirmando sua validade e conferindo a chancela estatal aos seus termos. Com isso, o trabalhador terá a garantia de cumprimento forçado da obrigação pelo devedor, acaso descumprida espontaneamente, mediante a execução do acordo na Justiça; e o empregador, por sua vez, terá a garantia de que, acaso haja uma ação judicial daquele mesmo trabalhador, tendo por objeto um daqueles direitos já constantes da cláusula de quitação do acordo, ela irá esbarrar no efeito da coisa julgada, contra a qual não cabe recurso, conferido pela sentença de homologação.

A Súmula nº 418 do Tribunal Superior do Trabalho estabelece que “A homologação de acordo constitui faculdade do juiz, inexistindo direito líquido e certo tutelável pela via do mandado de segurança”.

Faculdade do juiz. É, portanto, o Magistrado que irá decidir, dentro do âmbito de sua discricionariedade, se homologa ou não determinado acordo, seja extrajudicial ou judicial.

Logo, é perfeitamente possível o estabelecimento de requisitos pelo Juiz do Trabalho para a homologação do Acordo Extrajudicial, em portarias ou atos administrativos. Com isso, não estará o Magistrado desrespeitando a Autonomia de Vontade das partes, mas tão somente exercendo seu poder para dar a validade da Justiça aquele acordo celebrado fora de seus muros. Nem estará legislando, apenas dará conhecimento às partes e advogados do seu entendimento discricionário quanto à homologação do Acordo Extrajudicial, o que é bastante positivo, uma vez que ninguém será surpreendido quando for negada a homologação. O fundamento das decisões judiciais constitui, inclusive, garantia do Estado Democrático de Direito.

Partes podem negociar livremente, é fato; e também devem cumprir livremente o quanto acordado. Acaso pretendam a garantia judicial da homologação pelo Juiz, contudo, precisarão se submeter aos requisitos legais e administrativos estabelecidos pela autoridade competente responsável pela homologação do acordo.

E não se diga que a Justiça do Trabalho e seus juízes estariam sendo “protecionistas” do empregado. O próprio empregado, uma vez celebrado o acordo com seu patrão, está a desejar aquele acordo. Contudo, o Brasil é um país de contrastes: se por um lado votamos em urnas eletrônicas, por outro há uma imensa dívida social, dívida que remonta aos tempos da escravidão, não

totalmente eliminada da sociedade brasileira, haja vista a existência de escravos “contemporâneos”, presos pelas correntes psicológicas das jornadas exaustivas, do salário de fome, do ambiente inseguro, perigoso ou insalubre do trabalho. É preciso, muitas vezes, que haja o estabelecimento de requisitos “mínimos” para a homologação desses acordos, é preciso que sejam examinados e adequados à lei e à Jurisprudência, a fim de ser conferida a plena garantia jurisdicional.

Esses requisitos podem constar de portarias, que irão regulamentar o procedimento de homologação constante da lei. Um exemplo de requisito é a vedação de cláusula de quitação total no termo de acordo, ou seja, o Juiz estabelece que o Acordo Extrajudicial não poderá quitar toda a relação de emprego. Mais adiante cuidaremos de examinar, um pouco mais detalhadamente, alguns exemplos de requisitos que podem ser fixados.

4 – Homologação de acordo extrajudicial e o CEJUSC

Outra discussão recorrente é aquela acerca da possibilidade de Acordos Extrajudiciais serem homologados pelo Centro Judiciário de Métodos Consensuais de Solução de Disputas – CEJUSC, da Justiça do Trabalho.

Após um período de discussões acerca do cabimento ou não da Mediação para resolução de disputas trabalhistas, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho, em bom momento e dentro da concepção proposta pelo visionário Frank Sander, na Conferência POUND, de 1976, de um tribunal “multi portas”, onde cada uma levaria a um método de resolução de disputas distinto dos demais, editou a Resolução nº 174, de 30 de setembro de 2016, regulamentando esse uso.

A Resolução CSJT nº 174/2016 determinou a criação de NUPEMECs (Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Disputas) e CEJUSCs (Centros Judiciários de Métodos Consensuais de Solução de Disputas) no âmbito de cada tribunal regional. O art. 5º e seus incisos, da citada resolução, estabelecem as atribuições do NUPEMEC, que funciona como uma espécie de “cérebro” da Política Pública de Conciliação e Mediação no regional, nos termos da própria resolução. Já o CEJUSC, previsto no art. 6º, é encarregado da execução dessa mesma Política, responsável “pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação de processos em qualquer fase ou instância”. Cada Tribunal Regional do Trabalho terá um NUPEMEC, mas pode (e deve) ter mais de um CEJUSC, inclusive na segunda instância.

No CEJUSC ocorrem as sessões de conciliação e mediação, conduzidas por conciliadores/mediadores, que são servidores ou magistrados do quadro do regional, ativos ou inativos, devidamente capacitados para exercer a fun-

ção, e supervisionados por um Magistrado da ativa, que deverá estar presente fisicamente (art. 6º, § 1º, da Resolução CSJT nº 174/2016). O CEJUSC conta, ainda, com um magistrado que coordena o trabalho dos supervisores, chamado “coordenador”.

Segundo o “critério trabalhista puro”, expressão cunhada pela Autora em artigo publicado no *site* Conjur, em 10 de março de 2019, para estabelecer a diferença entre Conciliação e Mediação (MOTA, 2019), a Conciliação é a etapa do Processo e da audiência trabalhista em que se tenta levar as partes a um acordo; e a Mediação é um processo em si, com fases distintas (Pré-Mediação, Abertura, Comunicação, Negociação e Encerramento) e técnicas próprias, que utiliza a interdisciplinaridade para ajudar as partes e seus advogados a chegarem a um acordo.

Num giro panorâmico da situação atual, temos o seguinte:

a) Ao estabelecer o procedimento de homologação de Acordo Extrajudicial, o legislador da Reforma Trabalhista, em que pese não ter se referido ao CEJUSC, não proibiu o envio da petição inicial do acordo ao referido órgão, nem estabeleceu óbice a sua apreciação;

b) A Resolução CSJT nº 174/2016, que regulamenta a “Política Judiciária Nacional de tratamento de disputas de interesses trabalhistas”, estabelece, em seu art. 6º, *caput*, que os Centros Judiciários de Métodos Consensuais de Solução de Disputas (CEJUSC) serão “responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação de processos em qualquer fase ou instância, inclusive naqueles pendentes de julgamento perante o Tribunal Superior do Trabalho”. O § 2º, do mesmo dispositivo, permite a realização de pautas iniciais das unidades jurisdicionais, inclusive precatórios e requisições de pequeno valor. Não poderia se referir ao Acordo Extrajudicial porque este ainda não existia (a Reforma data de 2017);

c) No CEJUSC, como já mencionado, há, obrigatoriamente, magistrado supervisor durante as sessões de conciliação e mediação. Esse juiz irá assinar as atas de resultado da conciliação ou mediação, sejam elas de acordo ou não. Ora, havendo Magistrado presente, por que razão ele não poderia homologar (ou deixar de homologar) o Acordo Extrajudicial que lá chegasse?

“Por se tratar de jurisdição voluntária”, alguém poderia dizer. Mas o Juiz da vara para a qual é distribuído o Acordo Extrajudicial, uma vez ajuizado, não pode homologar o acordo? E não é esse mesmo juiz quem envia o acordo ao CEJUSC para apreciação? E o que se poderia dizer da hipótese de, num processo que tramitou “normalmente” na Vara do Trabalho, com petição inicial, defesa

e instrução, as partes chegassem a um acordo e pedissem a homologação, mas o Magistrado da unidade jurisdicional responsável se desse por suspeito ou impedido, e, por essa razão, enviasse o processo ao CEJUSC para homologação do acordo? O CEJUSC, como órgão da Justiça, não poderia receber esse processo, por já existir um acordo nos autos?

Tomemos como exemplo o CEJUSC do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, Bahia. O CEJUSC TRT5 recebe os processos enviados pelo próprio Juiz natural da causa, seja a pedido dos advogados (e aceito pelo Juiz da Vara), seja espontaneamente, quando da triagem feita pela Vara do Trabalho. Acordos Extrajudiciais também podem ser remetidos e recebidos. Uma vez no CEJUSC, o processo e o acordo celebrado são submetidos aos requisitos da Portaria nº 02, elaborada pelo NUPEMEC TRT5. Essa Portaria pode ser encontrada em: <https://www.trt5.jus.br/sites/default/files/www/normas/08_2018/00022018_requisitos_peticao_acordo_extrajudicial.pdf>. Entre esses requisitos (considerados, da análise feita mais acima, pertinentes e cabíveis), está o comparecimento à sessão de audiência a ser designada no CEJUSC, em obediência ao artigo sexto, da Resolução nº 174, sendo indispensável a presença do Reclamante e seu advogado. Caso não estejam obedecidos os requisitos, o processo retorna à vara de origem e a homologação não acontece. Presentes os requisitos, a homologação é realizada pelo Juiz supervisor.

Ao retornar à vara de origem, o Magistrado que nela esteja atuando poderá agir conforme seu entendimento, como sempre o faz. A própria remessa do processo ao CEJUSC é um ato do Juiz que está na titularidade da vara para onde foi distribuído.

Logo, podemos concluir que é possível a apreciação de Acordo Extrajudicial pelo Juiz supervisor ou coordenador do CEJUSC.

5 – Requisitos do acordo extrajudicial no Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região

No Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (doravante denominado apenas TRT5), conforme já mencionado, há uma Portaria, de nº 2, elaborada pelo NUPEMEC, aprovada pela Desembargadora Presidente, que contém os requisitos para homologação de Acordo Extrajudicial pelo Juiz Supervisor do CEJUSC.

Eis o procedimento: o Acordo Extrajudicial é proposto e logo em seguida, pelo Processo Judicial Eletrônico (PJE), é distribuído a uma das varas da localidade. O Juiz daquela vara para onde o Acordo foi distribuído pode adotar

DOCTRINA

uma das seguintes medidas: homologa o acordo; designa audiência, a fim de analisar melhor as condições em que foi celebrado o ato; nega homologação de pronto, fundamentando sua decisão; ou, havendo CEJUSC na jurisdição, remete o processo para lá. Importante registrar que muitas varas já têm a sua própria Portaria, estabelecendo requisitos.

No TRT5, ao chegar o processo ao CEJUSC, o servidor já examina se o Acordo preenche os requisitos para homologação. Esses requisitos dizem respeito à forma (requisitos formais) e também ao conteúdo (requisitos materiais). São eles:

5.1. Discriminação de cada uma das parcelas que compõem o acordo, com a definição da natureza jurídica respectiva e a indicação dos valores objeto da transação.

5.2. A petição do acordo deve contemplar a cláusula penal, com o seu percentual e sua base de incidência (sobre o valor da parcela inadimplida ou sobre o valor total do acordo).

5.3. Comprovação do recolhimento dos tributos devidos (Contribuições previdenciárias e IR), nos termos da legislação correspondente.

5.4. As custas sobre o valor do acordo devem ser recolhidas antecipadamente, conforme § 3º do art. 789 da CLT, e só poderão ser integralmente dispensadas se os requerentes forem ambos beneficiários da gratuidade judiciária.

5.5. Comprovação do recolhimento do FGTS e, se for o caso, da multa de 40% sobre o FGTS, caso tais parcelas não integrem o valor do acordo.

5.6. A petição de acordo assinada por procuradores deverá acompanhar os respectivos instrumentos procuratórios, constando poderes específicos para firmar acordo junto ao Juízo. Os advogados subscritores da petição de acordo extrajudicial não devem integrar uma mesma sociedade ou escritório de advogados.

5.7. Assinatura eletrônica de ambas as partes ou protocolização de petição ratificando os termos da avença pela parte que não juntou a petição de acordo.

5.8. Havendo pactuação de obrigação de fazer, referente a liberação das guias do FGTS, multa de 40% sobre os depósitos do FGTS e/ou guias para habilitação no Seguro Desemprego, tais guias devem ser depositadas na Secretaria da Vara, até 10 (dez) dias após a notificação da audiência respectiva.

5.9. Não haverá alvará judicial para levantamento de FGTS e habilitação ao seguro-desemprego.

5.10. O Juízo determinará o comparecimento das partes ao CEJUSC, em pauta de audiência, para ratificação dos termos do acordo, sendo indispensável a presença pessoal do Reclamante e seu advogado, com prévia notificação das

partes mediante seus procuradores. Na hipótese de as partes não comparecerem ou não haver possibilidade de acordo, os autos serão devolvidos, com a justificativa da não realização do acordo, à Vara de origem, para as providências que o Juiz entender cabíveis.

5.11. Não será concedida quitação total e irrestrita nesses acordos extrajudiciais.

Passaremos, agora, ao exame, de maneira sucinta, de cada um dos requisitos e dos motivos pelos quais foram adotados como necessários ao exame da petição de Acordo Extrajudicial.

5.1 – Discriminação de cada uma das parcelas que compõem o acordo, com a definição da natureza jurídica respectiva e a indicação dos valores objeto da transação

A discriminação das parcelas que integram o montante do acordo, com a indicação tanto do valor, quanto da parcela, deve sempre constar da avença, pois existem verbas que, a depender da natureza jurídica (e.g., se salarial ou indenizatória), sofrem ou não incidência de contribuições previdenciárias e impostos. É preciso, portanto, saber se haverá recolhimento de tais verbas. No momento em que se redige o acordo, muitas vezes, o próprio sistema já verifica se há ou não tal incidência e calcula o valor da contribuição correspondente.

5.2 – A petição do acordo deve contemplar a cláusula penal, com o seu percentual e sua base de incidência (sobre o valor da parcela inadimplida ou sobre o valor total do acordo)

Requisito de natureza formal, a cláusula penal, como o próprio nome diz, é a penalidade estabelecida, acaso não haja o pagamento no prazo ou na forma ajustada. Fixada a obrigação, seja de pagar, seja de fazer ou não fazer alguma coisa, é preciso que se ajuste a pena para o devedor que possa vir a se tornar inadimplente. Esse é o papel da cláusula penal, que deve ser estabelecida pelas partes que assinam o acordo. Normalmente, é fixada em 50% sobre o valor da parcela inadimplida, podendo, ainda, incidir sobre o valor total do acordo, com ou sem o vencimento antecipado das demais parcelas. Esse percentual de penalidade pode variar, a critério das partes e sob o exame do Juiz que irá homologar o Acordo.

Também pode haver cláusula penal que preveja conversão em obrigação de pagar, nos casos em que a obrigação principal é de fazer ou deixar de fazer alguma coisa, ou de entrega de coisa. Nesse caso, a cláusula penal deverá ser estabelecida pelo critério das partes, sob o exame de sua viabilidade pelo Magistrado.

5.3 – Comprovação do recolhimento dos tributos devidos (contribuições previdenciárias e IR), nos termos da legislação correspondente

Uma vez discriminadas as parcelas que compõem o Acordo, e os seus respectivos valores, o recolhimento dos tributos devidos, como contribuições previdenciárias e Imposto de Renda porventura devidos, deverão ser comprovados no CEJUSC, antes mesmo da homologação, para conferência.

5.4 – As custas sobre o valor do acordo devem ser recolhidas antecipadamente, conforme § 3º do art. 789 da CLT, e só poderão ser integralmente dispensadas se os requerentes forem ambos beneficiários da gratuidade judiciária

O art. 789, § 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho, estabelece pagamento de custas “em partes iguais aos litigantes”, se não for convencionada outra forma, e, no caso do requerimento de homologação de acordo no CEJUSC TRT5, deverão ser recolhidas antecipadamente.

5.5 – Comprovação do recolhimento do FGTS e, se for o caso, da multa de 40% sobre o FGTS, caso tais parcelas não integrem o valor do acordo

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço deverá estar integralmente recolhido, feita a comprovação e previamente a homologação, bem assim a indenização (que é também conhecida como “multa”) pelo término do contrato de trabalho. Há, aqui, um pequeno equívoco ao se falar em 40% sobre o FGTS, uma vez que o art. 484-A, I, *b*, da Consolidação das Leis do Trabalho determina que nos Acordos Extrajudiciais tal verba será devida “por metade”. Seria, então, devido montante de 20% sobre o FGTS de todo o período de labor.

O final da redação do requisito comunica a possibilidade de tais parcelas integrem o valor do acordo, acaso não estejam depositadas.

5.6 – A petição de acordo assinada por procuradores deverá acompanhar os respectivos instrumentos procuratórios, constando poderes específicos para firmar acordo junto ao Juízo. Os advogados subscritores da petição de acordo extrajudicial não devem integrar uma mesma sociedade ou escritório de advogados

Os procuradores das partes, ou seja, seus advogados, deverão juntar seus instrumentos procuratórios, que lhes confirmam poderes específicos da cláusula *ad juditia* para firmar acordos. O advogado não poderá ser comum às

partes, conforme preleciona o art. 855-B, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que deverão estar representadas por procuradores distintos, e, no caso específico da Portaria em questão, “não devem integrar uma mesma sociedade ou escritório de advogados” (*sic*), o que poderia ser facilmente interpretado como advogado comum, pois, embora pessoas físicas distintas, advogados da sociedade ou escritório militam em prol de interesses comuns.

5.7 – Assinatura eletrônica de ambas as partes ou protocolização de petição ratificando os termos da avença pela parte que não juntou a petição de acordo

Mais um requisito de natureza formal, a ratificação da parte que não juntou o documento é necessária, a fim de demonstrar que concorda com os termos do Acordo realizado. Se ambos assinam a petição, essa formalidade não é necessária.

5.8 – Havendo pactuação de obrigação de fazer, referente a liberação das guias do FGTS, multa de 40% sobre os depósitos do FGTS e/ou guias para habilitação no Seguro Desemprego, tais guias devem ser depositadas na Secretaria da Vara, até 10 (dez) dias após a notificação da audiência respectiva

Esse requisito decorreu da praxe que se vislumbra no cotidiano das audiências trabalhistas, em que são expedidos Alvarás Judiciais para saque do FGTS e habilitação no Programa de Seguro Desemprego, inclusive quando da homologação de acordos. Ora, havendo petição de Acordo Extrajudicial em que é fixada obrigação de liberar FGTS pelo empregador, este deverá juntar as guias respectivas em até dez dias após a notificação da audiência. Isso implica dizer que o CEJUSC TRT5 não irá liberar Alvará Judicial, tal obrigação cabe ao empregador, por seu Departamento de Pessoal.

Embora o § 2º do art. 484-A da Consolidação das Leis do Trabalho, expressamente desautorize o ingresso no Programa de Seguro Desemprego, muitos empregadores liberam as guias correspondentes, para não incorrerem na possibilidade de serem demandados judicialmente para pagar indenização pela não liberação de tais guias.

5.9 – Não haverá alvará judicial para levantamento de FGTS e habilitação ao seguro-desemprego

Requisito que confirma o anterior, ou seja, confirma a necessidade de se liberarem as guias que equivalem à obrigação de fazer, uma vez que não será expedido Alvará Judicial para tanto.

5.10 – O Juízo determinará o comparecimento das partes ao CEJUSC, em pauta de audiência, para ratificação dos termos do acordo, sendo indispensável a presença pessoal do Reclamante e seu advogado, com prévia notificação das partes mediante seus procuradores. Na hipótese de as partes não comparecerem ou não haver possibilidade de acordo, os autos serão devolvidos, com a justificativa da não realização do acordo, à Vara de origem, para as providências que o Juiz entender cabíveis

Uma vez no CEJUSC, o processo de jurisdição voluntária de Acordo Extrajudicial será obrigatoriamente incluído em pauta. Não importa que o Acordo já esteja pronto, perfeito, acabado e assinado. Será necessária a audiência perante o conciliador e o Juiz supervisor do CEJUSC, a fim de que as partes ratifiquem os termos da avença submetida à apreciação do juízo.

Indispensável a presença pessoal do Reclamante e seu advogado, conforme prevê a Resolução CSJT nº 174/2016, que estabelece a Política Pública da Conciliação no âmbito dos tribunais do trabalho. A presença do advogado do Autor se justifica pela existência do Princípio da Proteção ao Hipossuficiente Econômico na relação de emprego, pois muito se discutiu, em passado próximo, sobre a possibilidade do uso da Mediação para resolver conflitos ou disputas trabalhistas, e ainda se discute, em razão do citado Princípio e também de outro, o da Indisponibilidade de Direitos. Estando com seu advogado, nada terá a temer o Reclamante, pois estará devidamente amparado pelo profissional que contratou quando da realização do acordo.

Mas não vigora na justiça do Trabalho o *jus postulandi*, ou direito de postular em juízo sem advogado? Sim, embora já bastante mitigado, o citado direito ainda é usado em muitas regiões de nosso imenso Brasil. Contudo, ao celebrar Acordo Extrajudicial e submetê-lo a homologação judicial, o empregado deverá estar assistido por seu advogado em razão de princípios constitucionais citados, que se sobrepõem à própria lei. Não devemos, ainda, olvidar da existência do art. 133 da Constituição Federal, estabelecendo que “o advogado é indispensável à Administração da Justiça”.

A necessidade da presença do advogado do Reclamante não constitui reserva de mercado, como poderiam julgar alguns, mas decorre da aplicação dos mencionados princípios. Mediador e Professor em universidades americanas, *Dwight Golann* (GOLANN, 2009) reconhece e analisa as diferenças de poder nas mediações trabalhistas, e escreve:

“In certain employment disputes, such as those involving sexual harassment claims, a perceived or real imbalance in the power relationship between the parties may itself constitute an impediment to settlement. We have found that as a general proposition, particularly in dealing with an individual who feels at a power disadvantage in mediation, movement is better accomplished by pulling than pushing.

(...) When an issue of power imbalance is articulated or apparent, it is helpful to take the time to consult with the parties before the ‘real’ mediation begins in order to structure the process. We typically discuss, for example, whether the complainant or the lawyer wants to make an opening statement. We have observed that complainants who prepare a statement for the initial joint session tend to feel a degree of participation that engenders a sense of control and dignity in the process that is not otherwise possible. At times, having a Family member or close friend attend a session is helpful. We also attempt to establish in advance whether it will be necessary to keep the complainant and individual respondent apart, at least initially. We routinely schedule pre-mediation conference calls with all persons involved in the case to work through these kinds of issues.”

Ou seja, mesmo nos Estado Unidos, onde a Mediação é largamente usada para resolução de conflitos ou disputas de diversas naturezas, a diferença de poder nas relações de emprego é reconhecida e são aplicadas técnicas, como as descritas pelo Professor Golann, para coibir tais diferenças. A presença do advogado do Reclamante é uma delas.

Não obedecido o requisito, ou na hipótese de ausência das partes, então o processo é devolvido à Vara de origem, a fim de que o Juiz proceda da forma que entender cabível.

5.11 – Não será concedida quitação total e irrestrita nesses acordos extrajudiciais

A cláusula em questão atenta para o risco de se homologarem verdadeiras injustiças, pois, acaso fosse concedida quitação total e irrestrita, algumas

questões muito sérias poderiam ficar sem solução, como uma doença ocupacional de um empregado, por exemplo. Demais disso, o que se busca com o Acordo Extrajudicial é a rescisão contratual apenas. Logo, cabe a quitação das parcelas inerentes ao término do vínculo, e não outras que sequer se imagina devidas à época.

Atenção para a multa do art. 477 da CLT, cuja quitação pode ser incluída no Acordo Extrajudicial, ainda que não esteja sendo paga. E se explica: muitas vezes o trâmite de uma Homologação de Acordo Extrajudicial pode ultrapassar o prazo de dez dias previsto na lei para pagamento, especialmente se o processo for incluído em pauta. Nesse caso, se as partes solicitarem, poderá, a critério do Juiz que irá homologar o Acordo, ser dada quitação à referida multa por atraso.

De logo, uma exceção pode ser suscitada: tendo a negociação que precede a realização do Acordo Extrajudicial sido feita na presença e com a ajuda de uma instituição, como o Ministério Público do Trabalho e o Sindicato dos Trabalhadores, abre-se a possibilidade de ser conferida quitação total, porém sempre a critério do Juízo.

6 – Conclusão

O Acordo Extrajudicial, como nova forma de extinção dos contratos de trabalho, para ser homologado, pode se submeter a requisitos fixados por Magistrados do Trabalho, autores da mencionada homologação. A imposição de tais requisitos não representa uma “revogação” das condições anteriormente negociadas pelas partes, seja pela Negociação, seja pela Mediação, decorrentes do Princípio da Autonomia da Vontade, uma vez que o acordo já chega finalizado, mas sim diz respeito a homologação, ato que irá conferir ao acordo a chancela da Justiça; nem representa uma alteração indevida do texto legal, ou ato de legislar, pois apenas expressa o pensamento do Juiz que irá proceder à homologação, tornando-o transparente.

A homologação do Acordo Extrajudicial pelo CEJUSC é válida e eficaz, pois realizada pelo Magistrado supervisor, que deverá estar presente fisicamente na sessão de conciliação ou mediação. Importante a designação da sessão de audiência, que pode ser estabelecida como requisito em normativo interno do CEJUSC, como ocorre no Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, sendo indispensável a presença do advogado do Reclamante, medida que visa a salvaguardar o respeito ao Princípio do Hipossuficiente Econômico na relação de emprego e ao Princípio da Indisponibilidade de Direitos.

No TRT5, a Portaria nº 02 do CEJUSC estabelece requisitos para a homologação de Acordos Extrajudiciais que são remetidos àquele órgão pelas Varas do Trabalho. Tais requisitos, aqui analisados individualmente, apenas tornam transparente o pensamento do Juiz que irá homologar o Acordo, propiciando às partes e seus advogados conhecerem, de antemão, as regras a que devem se submeter quando pretendem a homologação, que é ato judicial, e pode ser recusada pelo Magistrado, acaso considere que o acordo celebrado viola regras legais ou contém vício de vontade.

Referências bibliográficas

BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=156>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

_____. _____. *Resolução nº 174, de 30 de setembro de 2016*. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/95527/2016_res0174_csjt.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 11 fev. 2019.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 fev. 2019.

_____. *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. Lei Geral de Mediação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 11 fev. 2019.

GOLANN, Dwight. *Mediating legal disputes: effective strategies for neutrals and advocates*. American Bar Association, 2009.

GRINOVER, A. P. Os métodos consensuais de solução de conflitos no Novo Código de Processo Civil. *Estado de Direito*, Porto Alegre, 4 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://estadodedireito.com.br/conflitosnonovo/>>. Acesso em: 27 mar. 2016.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Manual de arbitragem e mediação: conciliação e negociação*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MOTA, Doroteia Silva de Azevedo. Conciliação e mediação? O critério trabalhista puro. *Conjur*, 10.03.2019. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 11 mar. 2019.

PINHEIRO, Rogério Neiva. *Técnicas e estratégias de negociação trabalhista: com apêndice sobre negociações coletivas e noções de cálculos*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2017.

Recebido em: 28/03/2019

Aprovado em: 24/04/2019

O TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO: UMA ANÁLISE DO CASO TRABALHADORES DA FAZENDA BRASIL VERDE *VERSUS* BRASIL E DA ESCRavidÃO NA REGIÃO NORTE DO BRASIL

THE CONTEMPORARY SLAVE WORK: AN ANALYSIS OF CASE WORKERS OF THE BRAZILIAN GREEN FARM VERSUS BRAZIL AND SLAVERY IN THE NORTHERN REGION OF BRAZIL

Júlia do Rosário Zuardi*

Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho**

Dorinethe dos Santos Bentes***

RESUMO: O presente artigo analisa a Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que condenou o Brasil por suas ações relativas ao trabalho escravo: o caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *versus* Brasil. Questiona-se se as leis e estruturas governamentais conseguem cumprir o escopo de lidar com o trabalho análogo à escravidão, considerando a proteção internacional concedida pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. São analisadas também as evoluções histórica e legislativa do trabalho escravo no Brasil. Por fim, buscam-se propostas de resolução para os principais desafios enfrentados no que tange à matéria. Desta feita, como resultado da presente pesquisa, espera-se promover discussões sobre o tema, fomentando uma melhoria no tratamento dado às vítimas de trabalho escravo, tanto em relação ao processo, quanto em relação à matéria.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho Análogo à Escravidão. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Fazenda Brasil Verde.

ABSTRACT: This article analyzes the judgment of the Inter – American Court of Human Rights, which condemned Brazil for its actions related to slave labor: the case Workers of the Fazenda Brasil Verde versus Brazil. It is questioned whether the laws and governmental structures can fulfill the scope of dealing with the work analogous to slavery, considering the international protection granted by the International Law of Human Rights. Also analyzed are the historical and legislative evolution of slave labor

* *Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas – UFAM.*

** *Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e pela Universidade Federal de Santa Catarina; professor efetivo da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas.*

*** *Mestra em História pela Universidade Federal do Amazonas; especialista em Direito Ambiental e Urbanístico; especialista em História Social da Amazônia; professora de carreira da UFAM – atualmente chefe de Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito.*

in Brazil. Finally, proposals are sought for solving the main challenges faced in this area. This time, as a result of the present research, it is hoped to promote discussions on the subject, promoting an improvement in the treatment given to the victims of slave labor; both in relation to the process and in relation to the matter.

KEYWORDS: Work Analogous to Slavery. Inter-American Court of Human Rights. Green Brazil Farm.

1 – Introdução

Nas palavras de Jairo Lins de Albuquerque Sento-Sé (2000), trabalho escravo é:

“Aquele em que o empregador sujeita o empregado a condições de trabalho degradantes, inclusive quanto ao meio ambiente em que irá realizar a sua atividade laboral, submetendo-o, em geral, a constrangimento físico e moral, que vai desde a deformação do seu consentimento ao celebrar o vínculo empregatício, passando pela proibição imposta ao obreiro de resilir o vínculo quando bem entender, tudo motivado pelo interesse de ampliar os lucros às custas da exploração do trabalhador.”

A história do trabalho escravo remonta aos primórdios das relações humanas. Silva (2010) aponta que há indícios que a escravidão surgiu na Pré-História, ao final do Período Neolítico e início da Idade dos Metais, com a descoberta da agricultura. Por outro lado, há indícios de que o trabalho escravo tenha surgido por volta do ano 3000 a.C., no Egito e Sul da Mesopotâmia, expandido gradativamente em outros territórios, como Assíria, Fenícia, Pérsia, Índia, China e Europa.

Até o século XIX, o escravo sempre foi tido como coisa, mercadoria. Apesar de não ser reconhecido como sujeito de direito, transmitia esta condição aos filhos. Estava presente uma absoluta relação de domínio (CASSAR, 2007). Nos séculos I a XI, a servidão surge na época do feudalismo em que os “senhores feudais davam proteção militar e política aos servos, que não eram livres” (MARTINS, 2001), pois tinham que trabalhar na terra do senhor, entregando parte da produção em troca da proteção militar e política.

No Brasil, somente em 1888 surge a Lei Áurea, que foi a mais importante lei do Império. Libertou os escravos e aboliu a escravatura (CASSAR, 2007).

O presente artigo analisará uma questão de grande preocupação: a situação do trabalho escravo no Brasil, e, em particular, na Região Norte. Vê-se que mesmo após a Lei Áurea ter abolido sua existência, continua ocorrendo

de diversas formas, fazendo sofrer um grande número de pessoas em diversas partes do Brasil e do mundo.

Deve-se levar em conta que o trabalho análogo à escravidão é uma grave lesão às prerrogativas asseguradas pela Constituição Federal de 1988, e uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos trabalhistas fundamentais. Para Sarlet (2002), a dignidade, “como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado”.

A abordagem será feita a partir da perspectiva internacional, passando pela análise do ordenamento interno do Brasil, focando especificamente os casos de trabalho escravo na Região Norte do país. Inicialmente será analisado o litígio Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *versus* Brasil, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o primeiro caso desta Corte a tratar sobre trabalho escravo moderno e tráfico de pessoas. Posteriormente, serão analisados instrumentos internacionais, como documentos da Organização das Nações Unidas (ONU) e Organização Internacional do Trabalho (OIT) que tratam a fundo a questão da escravatura humana. Por fim, serão discutidos os desafios do combate ao trabalho escravo, tais como os critérios usados para classificar o trabalho escravo, bem como preveni-lo e puni-lo.

Espera-se que o presente trabalho possa corroborar com discussões sobre o tema Trabalho Análogo à Escravidão, fomentando, assim, uma melhoria nas políticas públicas e legislações que versem sobre o assunto.

2 – Metodologia

O procedimento metodológico a ser trabalhado será o método dedutivo, uma vez que serão analisados leis e casos contenciosos, que venham a subsidiar análises sobre a situação e mudanças que possam ter ocorrido no que tange o trabalho análogo à escravidão.

Também será utilizado o método dialógico, haja vista que o conhecimento foi construído com base no diálogo interdisciplinar (BITTAR, 2013). Foram analisadas leis e jurisprudências que permitem avaliar a situação das pessoas inseridas no trabalho escravo. A abordagem adotada é o procedimento de análise quali-quantitativa, visto que são compilados informações, textos e dados.

As fontes a serem pesquisadas serão bibliográficas, cujas abrangências envolverão pesquisas em doutrinas pertinentes. Igualmente, serão expostas jurisprudências, em especial, o caso da Corte Interamericana: Caso trabalhadores

da Fazenda Brasil Verde *versus* Brasil. Por fim, far-se-á uso das leis brasileiras sobre o assunto.

3 – Objetivos

O presente artigo tem como objetivo geral: analisar juridicamente o caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, no qual o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. E tem por objetivos específicos: investigar a problemática do trabalho análogo à escravidão moderna no Norte do Brasil e, ainda, verificar como as fontes de Direito Internacional, tais qual a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho, Relatórios da Organização das Nações Unidas podem contribuir para erradicação do trabalho análogo à escravidão no Brasil.

4 – Justificativa

O tema vem sendo discutido no mundo todo e se apresenta bem atual. No mundo, o trabalho escravo tem sido combatido por meio de leis internas e por recomendações de Tratados Internacionais. O Brasil apenas entrou nesse rol de países que oficialmente proibiram a escravização a partir em 1888, quando da promulgação da Lei Áurea.

Entretanto, tal legislação não foi suficiente para frear a situação vergonhosa da escravidão, que afrontava e afronta a dignidade humana. O Brasil passou a assinar diversas Convenções da OIT sobre o tema, mas somente em 1995 fez vigorar o seu Código Penal onde, especificamente, em seu artigo 149, estabeleceu pena para quem submetesse seus trabalhadores a condições análogas à escravidão. Somente em 1998, aceitou a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que em sua Convenção Americana, veda a escravidão e servidão (artigo 6º).

Infelizmente, a despeito desse avanço, persiste a ocorrência do trabalho análogo à escravidão no Brasil, sendo essa uma problemática ainda não inteiramente resolvida e que merece acompanhamento. A atenção voltada para o caso Fazenda Brasil Verde é histórica e se constituiu em uma oportunidade de efetivamente se discutir os caminhos percorridos, os avanços, retrocessos e o que pode ser feito sobre o trabalho escravo moderno no Brasil e mais especificamente no norte do país, que normalmente não ganha tanta atenção das autoridades responsáveis para tal situação especialmente crítica e vulnerável.

DOCTRINA

Assim, percebe-se a relevância científica do tema, sendo importante para o mundo jurídico uma efetiva ponderação sobre as análises efetuadas no mundo civilizado, no Brasil e na Região Norte sobre a escravidão, bem como a formulação de novas teses para garantir a efetividade dos direitos básicos das pessoas que se encontram em uma situação de vulnerabilidade tão grande que é a escravidão; percebendo-se, ainda, a importância social do assunto, pois tal discussão irá beneficiar diretamente a sociedade, que terá seus direitos melhor assegurados frente a tal situação.

Igualmente, as pessoas saberão de seus direitos, não podendo mais estes serem ignorados, uma vez que, com o chamariz do caso Fazenda Brasil Verde, o mundo vira os olhos para o Brasil e aguarda medidas efetivas para solucionar tais questões, especialmente na Região Norte.

Para a autora do presente artigo, o referido tema é de grande relevância, porque desde o começo de seu curso na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas, interessou-se pelos estudos de Direitos Humanos e ao participar do Gesidh (Grupos de Estudo do Sistema Interamericano de Direitos Humanos), pôde aprender mais sobre os diversos tipos de violações que podem acometer a dignidade da pessoa humana. Atuou, naquele momento, justamente em uma simulação da Corte Interamericana sobre o tráfico humano, em que representou um Estado fictício. Na referida atuação, deparou-se com o caso Fazenda Brasil Verde, que lhe serviu de parâmetro para o trabalho ali desenvolvido. A questão lhe chamou a atenção, pois não esperava que ocorressem com tanta frequência até hoje no Brasil situações de escravidão, ainda mais na região onde mora.

5 – Histórico dos mecanismos de definição e combate ao trabalho escravo

De acordo com levantamento da ONU (2016), uma das primeiras normas internacionais das Nações Unidas sobre o tema trabalho escravo foi editada em 1930, pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), uma de suas agências especializadas. De acordo com a Convenção nº 29 da OIT (adotada em 1930), trabalho forçado ou obrigatório designa todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade (OIT, 1930). Sob o âmbito da Convenção nº 29, os países membros assumiram o compromisso de “abolir a utilização do trabalho forçado ou obrigatório, em todas as suas formas, no mais breve espaço de tempo possível”. Já em 1948, ao promulgar a Declaração Universal dos Direitos Humanos como uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações, a ONU

estabeleceu, pela primeira vez, a proteção universal dos direitos humanos e nela proibiu a escravidão (art. 4º), bem como a sujeição de qualquer pessoa à tortura, penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (art. 5º).

Em 1957, foi adotada também a Convenção nº 105 da OIT, complementar à de nº 29, e que tratou da abolição do trabalho forçado como uma obrigação a ser imposta a todos os países membros daquela Organização que impõe aos Estados a obrigação de abolir: o trabalho forçado como meio de coerção ou de educação política; a punição para pessoas que expressem opiniões políticas ou participem em greves; a utilização de trabalho forçado para o desenvolvimento econômico e sua realização como forma de discriminação racial, social, nacional ou religiosa.

Mais recentemente, em 2014, o mundo testemunhou a adoção unânime de um Protocolo e uma Recomendação (nº 203) que complementam a Convenção nº 29 da OIT, fornecendo orientações específicas sobre medidas efetivas a serem tomadas pelos Estados Membros para eliminar todas as formas de trabalho forçado, proteger vítimas e assegurar-lhes acesso à justiça e compensação. (ONU, 2016).

6 – Inovações do caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde

Conforme leciona Piovesan (2000), a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) é consagrada pela Convenção Americana de Direitos Humanos (também chamada “Pacto de San José”), aprovada em 1969, na Costa Rica. Trata-se de órgão jurisdicional autônomo de proteção de direitos, no âmbito da Organização dos Estados Americanos. Composta por sete juízes, a Corte constitui o Tribunal de Direitos Humanos da OEA, cabendo-lhe julgar casos de violação de direitos humanos internacionalmente enunciados.

Em dezembro de 2016, após um processo que durou cerca de três anos, o Brasil tornou-se o primeiro Estado a ser condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) por tolerar e não prevenir a escravidão moderna e o tráfico de pessoas. O caso que culminou na punição ao Brasil envolve o resgate de 128 trabalhadores rurais da propriedade Fazenda Brasil, no Município de Sapucaia, no sul do Estado do Pará, entre os anos de 1997 e 2000. Este é o primeiro caso em que a Corte IDH declara a responsabilidade internacional de um Estado por perpetuar uma situação histórica de exclusão, por meio essencialmente da perpetuação da pobreza.

Segundo o jornal eletrônico Impacto/2017, a Corte reconheceu uma discriminação estrutural histórica pelo fenômeno de trabalho escravo, uma vez

que os alvos dos aliciadores eram pessoas com um perfil bem específico, que caracterizava a sua vulnerabilidade: viviam em situação de pobreza, vinham das regiões mais pobres do país, com menor desenvolvimento humano e sem perspectivas de trabalho e emprego, e ainda eram analfabetos e com pouca escolarização.

As declarações dos trabalhadores demonstraram que, ao chegar à fazenda, perceberam que nada do que fora oferecido pelo gato era verdadeiro. Suas condições de vida e de trabalho eram degradantes e anti-higiênicas. A alimentação recebida era insuficiente e de má qualidade. A água ingerida provinha de um pequeno poço no meio da mata, era armazenada em recipientes inadequados e distribuída em garrafas coletivas. A jornada de trabalho era exaustiva, com duração de 12 horas ou mais todos os dias, exceto aos domingos.

Narra o caso que toda a comida consumida era anotada em cadernos, para posteriormente ser descontada de seus salários, o que aumentava suas dívidas com o empregador. Além disso, os trabalhadores eram obrigados a realizar seus trabalhos sob ordens e ameaças dos capatazes da fazenda, que portavam armas de fogo e os vigiavam permanentemente.

No livro *Convención Americana de Derechos Humanos Comentada*, o escritor da parte relativa ao artigo 6º, Federico Andreu (2014), relata que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos identificou vários critérios para determinar se um comportamento cabe dentro destas condutas proibidas. Assim, a Comissão Interamericana estabeleceu que ao analisar as características das formas contemporâneas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, devem-se considerar vários fatores como: a) o grau de restrição do direito inerente da pessoa à liberdade de circulação; b) o grau de controle da pessoa sobre seus pertences pessoais; c) a existência de consentimento com conhecimento da causa e plena compreensão da natureza da relação entre as partes.

Em relação ao artigo 7º, que trata da liberdade pessoal, Jesus Maria Casal descreve os critérios fundamentais estabelecidos pela Corte Interamericana em relação à lei, à liberdade pessoal, reconhecida no artigo 7º da Convenção. A análise deste tipo de violações da liberdade pessoal tem sido frequentemente associada a contextos de violência generalizada e graves violações dos direitos humanos.

A partir do desenvolvimento do conceito de escravidão no Direito Internacional e da proibição estabelecida no artigo 6º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Corte observa que este conceito evoluiu e já não se limita à propriedade sobre a pessoa. A esse respeito, a Corte considera que os

dois elementos fundamentais para definir uma situação como escravidão são: i) o estado ou condição de um indivíduo e ii) o exercício de algum dos atributos do direito de propriedade, isto é, que o escravizador exerça poder ou controle sobre a pessoa escravizada ao ponto de anular a personalidade da vítima.

A Corte constatou nesse caso que a proibição absoluta da escravidão tradicional e sua interpretação evoluíram de modo a compreender também determinadas formas análogas desse fenômeno, o qual se manifesta de diversas formas nos dias atuais, mas mantendo determinadas características essenciais comuns à escravidão tradicional, como o exercício do controle sobre uma pessoa mediante coação física ou psicológica, de maneira que signifique a perda de sua autonomia individual e a exploração contra sua vontade. Portanto, a Corte Interamericana considera que a servidão é uma forma análoga à escravidão e deve receber a mesma proteção e projetar as mesmas obrigações que a escravidão tradicional.

A este respeito, a Corte dispôs que, em virtude do caráter pluriofensivo da escravidão, que também viola a dignidade e integridade, ao submeter uma pessoa a esta condição, são violados vários direitos individualmente, alguns em maior ou menor intensidade, dependendo das circunstâncias fáticas específicas de cada caso.

Para a CIDH, os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, inscritos na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, foram violados pela incapacidade do Brasil em processar os responsáveis pela fazenda. O processo iniciado em 1997, por exemplo, passou por uma longa controvérsia judicial sobre a competência, que só foi resolvida dez anos depois, em dezembro de 2007. Logo em seguida, a Justiça Federal declarou que, considerando o tempo transcorrido e os prazos de prescrição, iria extinguir o processo sem nenhuma punição.

A Corte constatou o caráter imprescritível do delito de escravidão e de suas formas análogas no Direito Internacional, como consequência de seu caráter de delitos de Direito Internacional, cuja proibição alcançou o *status* de *jus cogens*. Ademais, a Corte recorda que, de acordo com sua jurisprudência constante, os delitos que representem graves violações de direitos humanos não podem ser objeto de prescrição. Consequentemente, o Brasil não pode aplicar a prescrição a este caso e a outros similares.

7 – Desafios

Uma vez feitas as análises históricas, legislativas e jurisprudenciais sobre o trabalho análogo à escravidão no Brasil e, em especial na Região Norte,

faz-se necessário enumerar os desafios observados no combate a tal crime. O primeiro obstáculo encontrado está na própria definição do que seria o trabalho escravo, tendo o Brasil enfrentado recentemente tal situação com a polêmica edição da Portaria MTB nº 1.129/2017. A segunda adversidade diz respeito à dificuldade ao combate e fiscalização do problema.

7.1 – Portaria e definição de trabalho escravo

Um dos desafios enfrentados recentemente pelo Brasil foi a publicação – e, em seguida, a suspensão – de portaria do Ministério do Trabalho, em outubro de 2017, que alterou os conceitos de trabalho forçado, jornada exaustiva e condições análogas à de escravo, para fins de concessão de seguro-desemprego, restringindo à privação da liberdade de ir e vir. A norma também alterava o modo como é feita a inclusão de empresas na chamada “lista suja” do trabalho escravo.

Para a agência das Nações Unidas, a normativa poderá ter, por consequência, o “aumento da desproteção e vulnerabilidade de uma parcela da população brasileira já muito fragilizada”. Segundo a OIT, modificações na noção de trabalho análogo à escravidão devem ser feitas a partir de um amplo debate democrático. Caso contrário, revisões podem resultar em conceitos que não caracterizam adequadamente a escravidão contemporânea. Notícias o sítio Consultor Jurídico/2017 que, ao suspender a norma, a ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal, afirmou que, “ao restringir indevidamente o conceito de ‘redução à condição análoga a escravo’, [a portaria] vulnera princípios basilares da Constituição, sonega proteção adequada e suficiente a direitos fundamentais nela assegurados e promove desalinhamento em relação a compromissos internacionais de caráter supralegal assumidos pelo Brasil e que moldaram o conteúdo desses direitos”.

Inclusive, os auditores fiscais do trabalho também estimam que 90% das autuações por trabalho escravo enviadas atualmente ao Ministério do Trabalho não se enquadrariam mais como regime de escravidão com as mudanças feitas pela Portaria nº 1.129 (LAPORTA, 2017).

7.2 – Combate ao trabalho escravo

Para Dias (2008), o trabalho escravo persiste devido ao fato de as organizações trabalharem isoladamente. Dizem eles que não conseguirão avançar sem o apoio das demais instituições, é preciso se organizar de forma mais ampla. Não basta apenas conter na Constituição os direitos sociais, é preciso executar os códigos penais.

É necessária uma legislação precisa e fiscalização eficaz para enfrentar o trabalho escravo, que muitas vezes ocorre de forma velada. A ONU disse ainda que o Brasil, nas últimas décadas, se tornou referência no combate ao crime e que no Brasil muitos casos ocorrem de forma velada, como o trabalho escravo em fazendas, fábricas e domicílios. Somente com uma legislação precisa e fiscalização eficaz é possível enfrentar com determinação esta ameaça.

8 – Propostas de resolução para os desafios enfrentados

Como o Brasil deve lidar para melhorar a situação atual? Através de uma definição de trabalho análogo à escravidão que inclua todas as formas dessa prática, adoção dos entendimentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos a nível nacional, fortalecimento da legislação, fiscalização e combate do trabalho análogo à escravidão.

8.1 – Definição mais inclusiva

Quanto à definição do próprio trabalho forçado, foi visto que houve tentativas de mudar seu significado que, na prática, deixariam vários casos de tal violação impunes. Assim, coadunamos com o entendimento da Corte Interamericana sobre a definição do trabalho análogo à escravidão.

A Corte considera que os dois elementos fundamentais para definir uma situação como escravidão são: i) o estado ou condição de um indivíduo e ii) o exercício de algum dos atributos do direito de propriedade.

Para Freund (2016), a Corte IDH pontuou que a avaliação dos atributos do direito de propriedade deveria ser feita por meio da análise dos seguintes elementos:

“(a) restrição ou controle da autonomia individual; (b) perda ou restrição da liberdade de movimento de uma pessoa; (c) obtenção de um proveito por parte do perpetrador; (d) ausência de consentimento ou livre arbítrio da vítima ou sua impossibilidade ou irrelevância devido à ameaça do uso de violência ou outras formas de coerção, ao medo do uso da violência, ao ardil ou às falsas promessas; (e) uso da violência física ou psicológica; (f) posição de vulnerabilidade da vítima; (g) detenção ou cativo; e (h) exploração.”

8.2 – Fortalecer o combate e fiscalização

O Estado possui responsabilidades não apenas internamente, mas também responde internacionalmente. Para a Corte IDH, no tocante à obrigação de

garantir o direito reconhecido no artigo 6º da Convenção Americana, a Corte considera que isso implica o dever do Estado de prevenir e investigar possíveis situações de escravidão, servidão, tráfico de pessoas e trabalho forçado.

Assim, primeiramente, além de uma definição legislativa harmonizada com os parâmetros internacionais, conforme exposto no ponto 10.1, também se deve seguir o entendimento da Corte, que constatou o caráter imprescritível do delito de escravidão e de suas formas análogas no Direito Internacional, como consequência de seu caráter de delitos de Direito Internacional, cuja proibição alcançou o *status de jus cogens*.

Por fim, nota-se que apenas a edição de novas leis não é suficientemente eficaz se não houver uma fiscalização e aplicação eficientes dos dispositivos existentes, de forma a atingir esses criminosos e assim abolirmos de vez esta mancha que permanece em nossa história (A12, 2017).

8.3 – Medidas de prevenção e auxílio para os trabalhadores que sofreram com o trabalho análogo à escravidão

A Corte, ao dar seu entendimento dos deveres do Estado no combate ao trabalho análogo à escravidão, estabeleceu: *adotar medidas de proteção e assistência às vítimas* estabelece uma medida que foca o olhar na vítima do trabalho forçado.

Uma sugestão está no fortalecimento da atividade econômica no interior dos Estados onde a situação é mais endêmica, para a redução do desemprego e dos elevados índices de informalidade das relações de trabalho, bem como uma rede de atendimento aos trabalhadores para que eles tenham maior acesso a diferentes políticas públicas.

Outrossim, através de uma rede de atendimento aos trabalhadores para que eles tenham acesso a diferentes políticas públicas, será possível a capacitação profissional dessas pessoas para que possam procurar condições de trabalho dignas, medidas de prevenção perante a sociedade e estratégias a longo prazo para a erradicação (VASCONCELOS, 2018).

As medidas de investir na capacitação profissional em áreas carentes são boas soluções tanto para prevenir que pessoas em estado de vulnerabilidade sejam vítimas do trabalho escravo, como também para reinserir as que foram vítimas de tal prática na população economicamente ativa.

9 – Conclusão

Após a contextualização do trabalho análogo à escravidão no mundo, no Brasil e na Região Norte, passou-se a estudar o entendimento de como o conceito evoluiu através do tempo, pesquisou-se sobre o entendimento do trabalho escravo pelos órgãos internacionais, analisou-se o caso dos trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *versus* Brasil, um caso ocorrido no Pará.

Foram levantados os principais desafios relativos a esta temática: o problema da definição do trabalho escravo, que no Brasil eclodiu com a Portaria MTB nº 1.129/2017, alvo de diversas críticas por restringir o alcance da norma e também a necessidade de fortalecimento do combate ao trabalho análogo à escravidão.

Como proposta de resolução foi sugerida a aplicação em escala nacional do entendimento da Corte IDH no caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *versus* Brasil, propôs-se: a) uma ampliação da definição de trabalho escravo; b) o crime ser declarado imprescritível pela legislação interna do Brasil; c) maior transparência das fases de produção e serviços prestados pelas empresas e proprietários rurais, para se detectar mais facilmente o trabalho forçado; d) medidas voltadas especialmente para as vítimas de tal crime, por meio do investimento na capacitação profissional em áreas carentes.

Conforme já apontava Silva (2007), percebe-se a necessidade de o Governo Federal garantir recursos humanos e financeiros suficientes para melhorar a fiscalização do trabalho, sendo fundamental uma maior participação dos órgãos envolvidos, punindo efetivamente os infratores. Além do investimento em políticas públicas destinadas a prevenir o trabalho análogo à escravidão.

Dessa forma, espera-se fortalecer o combate à prática de escravidão contemporânea, um problema tão urgente e infelizmente ainda tão atual, para a concretização de uma democracia plena.

Referências bibliográficas

ANDREU, Federico. *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*. Konrad Adenauer Stiftung, 2014.

BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____. *Portaria MTB nº 1.129, de 13 de outubro de 2017*. Art. 1º. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=351466>>. Acesso em: 29. jun. 2018.

DOCTRINA

CASAL, Jesús María. *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*. Konrad Adenauer Stiftung, 2014.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Método, 2007.

CIDH. *Caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde versus Brasil*. 2016. Párs. 269, 276 300, 301, 304, 319, 453, 454. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/images/Banco_de_imagens/Sentenca_Fazenda_Brasil_Verde.pdf/>. Acesso em: 15 jan. 2018.

_____. *Comunidades cautivas: situación del pueblo indígena guaraní y formas contemporáneas de esclavitud nel Chaco de Bolivia*. Documento de la Organización de los Estados Americanos OEA/Ser.L/V/II, Doc. 58 de 24 diciembre 2009, párr. 51

CONSULTOR JURÍDICO. Portaria sobre definição de trabalho escravo foi destaque em outubro. *Conjur*, 29.12.2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-29/portaria-definicao-trabalho-escravo-foi-destaque-outubro>>. Acesso em: 2 jul. 2018.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

DIAS, Teresinha Rodrigues. *Trabalho escravo no Brasil*. 6ª Mostra Acadêmica UNIMEP. 2008. Disponível em: <<http://www.unimep.br/phpg/mostraacademica/anais/6mostra/4/217.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2018.

FREUND, Rita Lamy. *O primeiro caso de trabalho escravo decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos é brasileiro*. 2016. Disponível em: <http://www.dpu.def.br/images/esdpu/jornaldpu/educacao_8/4-o-primeiro-caso.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2018.

INPACTO. *Impactos da sentença da Corte IDH no Caso “Fazenda Brasil Verde”*. 31.10.2017. Disponível em: <<http://www.inpacto.org.br/en/2017/10/impactos-da-sentenca-da-corte-interamericana-de-dh-no-caso-fazenda-brasil-verde/>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

LAPORTA, Taís. Decreto sobre trabalho escravo no Brasil pode levar a ‘retrocessos lamentáveis’, diz OIT. *G1*, 19.10.2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/decreto-sobre-trabalho-escravo-no-brasil-pode-levar-a-retrocessos-lamentaveis-diz-oit.ghtml>>. Acesso em: 29 jun. 2018.

MACHADO, Luiz Antônio. Pesquisa da OIT traça perfil de vítimas e empregadores do trabalho escravo. *Correio Braziliense*, 25.10.2011. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2011/10/25/internas_economia,275541/pesquisa-da-oit-traca-perfil-de-vitimas-e-empregadores-do-trabalho-escravo.shtml>. Acesso em: 30 nov. 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NASSIF, Luis. Trabalho escravo: após quase duas décadas, caso Fazenda Brasil Verde pode chegar ao fim. *Jornal GGn*, 04.02.2018. Disponível em: <<https://jornalgg.com.br/noticia/trabalho-escravo-apos-quase-duas-decadas-caso-fazenda-brasil-verde-pode-chegar-ao-fim>>. Acesso em: 2 mar. 2018.

O GLOBO. *ONU no Brasil vê com ‘profunda preocupação’ portaria do trabalho escravo*. *O Globo*, 20.07.2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/onu-no-brasil-ve-com-profunda-preocupacao-portaria-do-trabalho-escravo-21975164>>. Acesso em: 7 jul. 2018.

DOCTRINA

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Brasília. 2016. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2016/04/position-paper-trabalho-escravo.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção nº 29*. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235021/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____. *O que é trabalho forçado?* Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-escravo/WCMS_393058/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 27 nov. 2017.

_____. *Protocolo adicional de 2014 à Convenção de 1930 sobre trabalho forçado*. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:3174672:NO>. Acesso em: 1º jul. 2018.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil. *Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ.*, Brasília, ano 8, v. 15, p. 93-110, jan./jun. 2000. Disponível em: <http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/15_07.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2017.

ROVER, Tadeu. Por meio de portaria, Ministério do Trabalho muda definição de trabalho escravo. *Conjur*, 16.10.2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-16/ministerio-trabalho-muda-definicao-trabalho-escravo>>. Acesso em: 3 jul. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. *Trabalho escravo no Brasil na atualidade*. São Paulo, LTr, 2000.

SEVERIANO, Adneison. Empresas que usarem trabalho escravo no AM terão inscrição do ICMS cassada. *G1*, 16.04.2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/empresas-que-usarem-trabalho-escravo-no-am-terao-inscricao-do-icms-cassada.ghtml>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

SILVA, Marcello Ribeiro. *Trabalho análogo ao de escravo rural no Brasil do século XXI: novos contornos de um antigo problema*. 2010. 280 f. Dissertação (Mestrado em Direito Agrário). Universidade Federal de Goiás, Goiânia-GO. Disponível em: <https://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/35d284c9-cd7b-4889-81a5-f3823d8e2270/Disserta%C3%A7%C3%A3o%2BTrabalho%2BAn%C3%A1logo%2Bao%2Bde%2Bescravo.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=35d284c9-cd7b-4889-81a5-f3823d8e2270>. Acesso em: 10 nov. 2017.

SILVA, Mario Bezerra. Trabalho escravo, uma realidade. *DireitoNet*, 11/JUN/2007. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3534/Trabalho-escravo-uma-realidade/>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

VASCONCELOS, Heloísa. 667 resgatados em situação análoga à escravidão desde 2007 no Ceará. *O Povo*, 05.07.2018. Disponível em: <<https://www.opovo.com.br/jornal/cidades/2018/07/667-resgatados-em-situacao-analoga-a-escravidao-desde-2007-no-ceara.html>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

Recebido em: 22/03/2019

Aprovado em: 24/04/2019

ESTÁGIO NÃO OBRIGATÓRIO: REFLEXÃO SOBRE A NECESSIDADE DE SE FIXAR UM PISO PARA A BOLSA-AUXÍLIO COMO FORMA DE VALORIZAÇÃO DO INSTITUTO

*NOT MANDATORY INTERNSHIP: REFLECTION ON THE
NEED TO SET A FLOOR FOR THE GRANT-AID AS A FORM OF
APPRECIATION OF THE INSTITUTE*

Bruno Diana*

Kátia A. Pastori Terrin**

RESUMO: Os avanços obtidos com a Lei nº 11.788/08 (Lei do Estágio de Estudantes) para os estagiários não foram suficientes para combater a exploração da mão de obra nessa modalidade de trabalho, especialmente na questão da contraprestação. Assim, este estudo almeja verificar a possibilidade de se estabelecer um piso remuneratório para os estágios não obrigatórios, pois, apesar da bolsa-auxílio ser de concessão forçosa nesse caso, não há previsão de valor mínimo. Para tanto, utilizou-se o método histórico-analítico, por meio da pesquisa da realidade social, das mudanças legislativas e das normas (tanto regras quanto princípios) aplicáveis à figura do estágio. Obteve-se, como resultado, a percepção da necessidade de alterar a legislação para que sejam decretados, anualmente, dois pisos para a bolsa-auxílio do estágio não compulsório, um para cada carga horária, conforme disposto na Lei do Estágio.

PALAVRAS-CHAVE: Atividade Remunerada. Bolsa-Auxílio. Estágio. Piso.

ABSTRACT: The progress made with Law no. 11.788/2008 (Law of Student Internship) for trainees was not enough to combat the exploitation of labor in this type of work, especially in the issue of compensation. Thus, this study aims to verify the possibility of establishing a remuneratory floor for the non-obligatory stages, because although the grant-aid is forcible concession in this case, there is no forecast of minimum value. For that, the historical-analytical method was used, through the research of the social reality, the legislative changes and the norms (both rules and principles) applicable to the figure of the internship. As a result, there was a perception of the need to amend the legislation to annually establish two floors for the non-compulsory internship scholarship, one for each workload, as provided for in the Internship Law.

KEYWORDS: Gainful Activity. Grant-Aid. Internship. Wage Floor.

* Advogado; bacharel em Direito pela PUCPR – Campus Londrina.

** Doutoranda em Direito pela USP; mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina; especialista em Direito pela UEL; docente de Direito Constitucional e Administrativo na PUCPR – Campus Londrina e na Escola da Magistratura do Paraná.

1 – Introdução

Para facilitar a transposição dos aprendizados escolares e universitários para o mercado de trabalho e iniciar a inserção do aluno nele, o estágio de estudantes foi criado e aperfeiçoado. Ele surgiu da urgência de se conceber no meio jurídico uma figura de relação de trabalho que permitisse uma troca de conhecimentos, de um lado, e força de trabalho, do outro, sempre na persecução de fins pedagógicos.

Atualmente, este tipo de relação de trabalho especial está regulado pela Lei nº 11.788, de 25 de setembro de 2008, onde estão previstos os direitos e os deveres de todas as partes – estagiário, instituição de ensino e parte concedente –, bem como os conceitos e as classificações básicas do estágio, os mecanismos de fiscalização subjacentes e as disposições gerais.

Por escolha legislativa, o estágio divide-se em obrigatório e não obrigatório. Este, devido às semelhanças com a relação de emprego, possui alguns direitos básicos, e um dos principais é a obrigatoriedade do pagamento de bolsa-auxílio ao estagiário. Apesar desta vitória trabalhista, não há qualquer previsão de um piso ou de um valor mínimo para a referida concessão, oportunizando abusos por parte dos contratantes, como a exploração de mão de obra barata.

Isto posto, o presente trabalho objetiva analisar a viabilidade de uma contraprestação mínima forçosa para o estágio não obrigatório, desde que seja compatível com o trabalho efetivado. Além disso, pesquisar-se-á como e com quais critérios a proposta pode ser atingida, levando em conta a comparação com o salário mínimo nacional e as necessidades básicas dos estagiários.

Para isso, o artigo começará com um diagnóstico histórico e legislativo detalhado do instituto do estágio de estudantes, desde os primeiros atos normativos esparsos, perpassando pela primeira regulação específica (Lei nº 6.494/77), até alcançar a Lei nº 11.788/08. Por conseguinte, para situar o leitor, será realizada uma importante delimitação conceitual do estágio que percorre o conceito e a sua natureza jurídica e a essencial diferenciação entre a relação de trabalho *lato sensu*, na qual se encontra inserida a relação de estágio, e a relação de emprego.

Por ser pertinente, será averiguado o tema da precarização do trabalho, uma vez que a flexibilização trabalhista atravessa o instituto do estágio de estudantes e dele se aproveita. Além disso, será notado como essa ocorrência impacta tanto os estagiários quanto as partes concedentes.

O próximo passo é estudar de que modo a proposição de um piso é necessária, tendo em vista o fenômeno do desvirtuamento da relação de está-

gio e suas implicações no mercado de trabalho. Por fim, serão desvendados argumentos jurídicos que deem embasamento legal suficiente, bem como serão estabelecidos critérios para o cálculo do valor, ou melhor, dos valores mínimos.

2 – Análise histórica e legislativa do estágio de estudantes

Como relação de aprendizagem e trabalho em sentido amplo, a regulação normativa do estágio de estudantes teve seus primórdios na Era Vargas, a partir da década de 1930, com a tardia industrialização do Brasil. Primeiro vieram atos normativos esparsos, como as Leis Orgânicas de Ensino Industrial (DL nº 4.073/1942) e Comercial (DL nº 6.141/1943), que tratavam dos chamados “trabalhos escolares” como instrumentos de formação e complementação do ensino.

Foi a partir da Portaria nº 1.002, de 29 de dezembro de 1967, do Ministério do Trabalho, que se positivou uma regra legal dispondo sobre a relação entre os estudantes e os empresários e os direitos e os deveres desta decorrentes. Seu art. 3º, desde já, estabelecia a inexistência de relação de emprego entre as partes, isto é, primordialmente, a legislação já concebia o instituto como relação de trabalho *lato sensu*.

Em seguida, editou-se o Decreto nº 66.546/70, que cuidava do estágio aos estudantes de engenharia, tecnologia, economia e administração de empresas. Já o Decreto nº 75.778/75, por sua vez, regulamentou o estágio no âmbito do serviço público federal.

No entanto, devido à ausência de uma regulamentação mais apurada, que tratasse principalmente da cooperação entre a empresa concedente do estágio e a instituição de ensino, sobreveio a Lei nº 6.494, de 7 de dezembro de 1977, a primeira incumbida da tarefa de estatuir normas gerais e abrangentes. Posteriormente, ela foi alterada pela Lei nº 8.859/94 e pela Medida Provisória nº 2.164-41/01 para estender o direito à participação em atividades de estágio a alunos de ensino especial e de ensino médio.

Essa legislação foi ligeiramente mais completa, manteve a regra de que o estágio não gera vínculo empregatício e deixou a bolsa-auxílio como forma de contraprestação opcional (art. 4º). Ela foi capaz de normatizar as relações sociais em torno do instituto do estágio com eficiência por certo período. Sua regulamentação se deu com o Decreto nº 87.497/82.

Mas as transformações sociais ocorridas desde 1977, com ênfase para a promulgação da Constituição da República de 1988, o novo momento democrático e social do país e a edição da Lei de Diretrizes e Bases da Educação

(Lei nº 9.394/96) urgiram um novel corpo legal, que fosse condizente com as necessidades atuais, como afirma Sobrinho (2008, p. 1.174):

“As novas exigências do mercado de trabalho, advindas a partir das transformações políticas e culturais desencadeadas com o fim da Guerra Fria e o surgimento das novas tecnologias informacionais, demandaram o aperfeiçoamento da disciplina legal atinente à formação do educando, resultando na edição da Lei nº 11.788/08.”

Com isso, adveio a Lei nº 11.788, de 25 de setembro de 2008, que dispõe sobre o estágio de estudantes e revoga diversos dispositivos e leis anteriores. Ela surgiu do Projeto de Lei nº 2.419/07, da Câmara dos Deputados, que incorporou e modernizou o Projeto de Lei do Senado nº 473/03, ambos de autoria do então senador Osmar Dias.

A atual legislação ampliou direitos dos estagiários e trouxe regras inéditas, como limitação à jornada diária de atividade (art. 10) e período de recesso a ser gozado preferencialmente durante as férias escolares (art. 13). Ao mesmo tempo, contudo, manteve diversas cláusulas contratuais ao arbítrio das partes, ou seja, em desconformidade com o sistema protetivo do trabalhador, especialmente no estágio, que emprega adolescentes e jovens ainda em formação escolar ou universitária.

Assim, o art. 12 da Lei dispõe sobre a obrigatoriedade da concessão de bolsa-auxílio e de auxílio-transporte no caso do estágio não obrigatório, mas não fixou um valor mínimo para a primeira contraprestação. Essa liberdade contratual excessiva não se coaduna com as necessidades de proteção e instituição de condições mínimas aos trabalhadores em sentido amplo, podendo gerar graves prejuízos à formação dos estagiários, como se verá adiante.

3 – Delimitação conceitual do estágio e relações por ele reguladas

O caminho de uma pesquisa científica e as investigações desenvolvidas são, inexoravelmente, indispensáveis e determinantes para o resultado. Por isso, para que se alcance uma proposta de piso para a bolsa-auxílio constitucional e legalmente adequada, precisa-se realizar um recorte epistemológico do tema do estágio de estudantes nos limites aqui perquiridos.

Vale frisar que as definições e as correntes doutrinárias adotadas neste artigo dizem respeito a uma perspectiva de proteção do trabalhador e dos seus direitos fundamentais, bem como tratam do impacto negativo de uma contratação com pagamento de valores ínfimos ao estagiário.

3.1 – Conceito e natureza jurídica do instituto

Por mais que a instituição de ensino ofereça capacitação e instrumentos para simular uma atividade laboral, ela nunca será capaz de refletir a realidade do mercado de trabalho. Isso porque este tem regras próprias que só são captadas numa experiência concreta, ao lado dos demais trabalhadores. Só é possível conhecer de fato uma situação vivenciando-a plenamente.

Desse modo, o estágio funciona como uma ponte entre o aprendizado e o trabalho, pela qual é possível exercer uma profissão licitamente sem que se perca de vista a finalidade pedagógica/instrutiva. Ou seja, postulados típicos do ambiente de trabalho como produtividade, alcance de metas e comprometimento total com a empresa não podem desviar o estágio de seu escopo.

A própria Constituição Cidadã estimula esta espécie de ocupação ao dispor em seu art. 205 que uma das finalidades da educação no Brasil, a ser promovida e incentivada por toda a sociedade, é preparar a pessoa para o exercício da cidadania e qualificá-la para o trabalho. Já o art. 214, IV, da CR, por sua vez, ainda no capítulo da Carta Magna que trata da educação, estabelece que uma das finalidades do plano nacional de educação, a ser alcançada por meio das ações integradas dos Poderes Públicos de todas as esferas federativas, é a formação dos alunos para o trabalho.

Há diversas definições do que seja estágio no meio jurídico, e todas elas citam, de alguma maneira, essa dualidade da relação, que abrange tanto a aprendizagem quanto a prática. Destaca-se, dentre tantas, a de Reis (2015, p. 133), pois o autor aborda com maior amplitude o assunto:

“Para nós, portanto, estágio de estudantes é o período durante o qual o estudante exerce uma atividade prática de aprendizagem dos conhecimentos adquiridos na instituição de ensino, em conformidade com os currículos, programas e calendários escolares, podendo ser realizada no estabelecimento de ensino, na comunidade em geral, em empresas públicas e privadas, bem como em escritórios e consultórios de profissionais liberais de nível superior devidamente registrados em seus respectivos conselhos de fiscalização profissional, sob responsabilidade e coordenação/supervisão da instituição de ensino.” (grifo no original)

É pela mesma razão da harmonia que se faz necessária entre os dois polos da relação do estágio que grande parte da doutrina o classifica, no que diz respeito à sua natureza jurídica, como ato educativo-laboral. Assim, o estudante participa de um trabalho especial que reflete o projeto pedagógico do seu curso e, ao mesmo tempo, propicia um convívio com o mundo do trabalho como ele é.

Porém, para que haja benefícios para todos os envolvidos, faz-se mister o pleno cumprimento de todos os pilares do estágio, de sorte que o valor educativo não se esvaia. Se o estagiário for usado tão somente como mão de obra barata, substituindo uma relação de emprego, é cabível o reconhecimento do vínculo empregatício e o pagamento de todos os direitos decorrentes. Essa possibilidade está prevista no art. 3º, § 2º, da Lei nº 11.788/08 e é amplamente aplicada pelos tribunais, conforme julgamento do RR 222-45.2013.5.04.0205, do TST, do RO 0021826-14.2017.5.04.0402, do TRT-4, do RO 0010724-92.2016.5.03.0099, do TRT-3, entre outros arestos de Cortes trabalhistas no mesmo sentido.

Reafirmando o caráter dúplice da relação de estágio, Reis (2015, p. 146) demonstra que, se retirada a questão do ensino e utilizada apenas a produção manual e intelectual do estagiário, este passa a desempenhar um trabalho comum, de forma que deve-se reconhecer a relação de emprego:

“Assim, não há dúvida de que as atividades do estagiário constituem espécie de trabalho. Normalmente, o estagiário realiza as mesmas tarefas do empregado comum, pois a atividade do estágio deve propiciar experiências práticas na linha de formação do estudante.

Do ponto de vista jurídico, entendemos que o estágio deve ser considerado espécie de trabalho; afinal, o fato de a finalidade educacional ser preponderante não retira do estágio o caráter trabalhista da atividade.

Note-se que, se o contrato de estágio contém vício formal essencial, a atividade do estudante considera-se mero trabalho sem finalidade educacional, pois, convertendo-se o contrato de estágio nulo em contrato de emprego, tem-se como existente uma relação de emprego ou relação de trabalho subordinado. Assim, antes ou depois do vício formal, existindo tal vício ou não, a atividade do estudante é a mesma, não havendo porque não considerá-la trabalho do ponto de vista jurídico.”

Há muitos anos, Santos (2006, p. 40) tem alertado sobre a precarização do trabalho imposta pela revolução tecnológica e da utilização do estágio como uma saída que visa ao barateamento do custo de produção das empresas, desvirtuando a verdadeira finalidade do instituto¹.

1 Nas palavras do autor: “O ambiente dominante nas empresas da era da revolução tecnológica – informação, competitividade, menor custo, exigência de colaboradores com alta instrução em línguas e informática – o ‘custo Brasil’, a escassez de recursos públicos, aliado ao novo cenário econômico de crise e desemprego globalizante vem acarretando uma precariedade nas relações de emprego, daí notar-se uma *corrida na contratação de estagiários* por organizações sejam elas privadas ou públicas. O que se observa é que a grande maioria das unidades concedentes de estágio, pressionadas por esta nova realidade socioeconômica, estabeleceram um caldo de cultura de que o estagiário é um empregado

Boucinhas Filho (2008, p. 93) exemplifica o desvirtuamento do contrato de estágio com dois casos práticos corriqueiros: estudantes de Direito que eram colocados para trabalhar como atendentes em instituições financeiras e estudantes de Enfermagem que atuavam como secretárias em hospitais e consultórios médicos, em claro desvio de função e desrespeito da finalidade pedagógica do estágio.

Com isso, urge a necessidade de conferir uma proteção mínima para essa relação especial, principalmente no que toca à bolsa-auxílio, um dos principais instrumentos utilizados para burlar a legislação, por esses e outros motivos que se farão presentes adiante.

3.2 – Relação de trabalho e relação de emprego

A relação de trabalho abarca toda e qualquer qualidade de labor humano. Entretanto, para que se reconheça uma relação de emprego (uma das espécies do gênero relação de trabalho) e, por conseguinte, a proteção conferida pela Consolidação das Leis do Trabalho e por todo o art. 7º da Constituição da República, há requisitos a serem preenchidos. Se um deles não se fizer presente, não há relação de emprego. São os seguintes, concomitantemente: trabalho por pessoa física, com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e sob subordinação ao tomador dos serviços.

No estágio remunerado, o trabalhador cumpre todas essas exigências. Mesmo assim, por razões metajurídicas ligadas a uma maior oferta de estagiários para o mercado de trabalho, a ordem jurídica preferiu negar o caráter empregatício desse vínculo entre empregador e estagiário (DELGADO, 2018, p. 373-374). Trata-se de uma presunção legal que coloca o estágio como relação de trabalho *lato sensu*. Assim, o estagiário tangencia a figura jurídica do empregado, mas não a toca.

Ainda desenvolvendo o argumento de que os objetivos educacionais do pacto instituído entre o estudante e o seu empregador motivam a diferenciação do estágio como relação de trabalho autônoma e específica, Delgado (2018, p. 373) justifica a sua linha de pensamento com as seguintes palavras:

“Esse vínculo sociojurídico foi pensado e regulado para favorecer o aperfeiçoamento e complementação da formação acadêmico-profissional

ou servidor público, fugindo aos objetivos que é de ensino e aprendizagem na linha de formação do estudante, usando como máscara de emprego, pois é economicamente mais viável, mesmo correndo o risco de manchar o nome da instituição quando de eventuais reclamações trabalhistas”. (grifo no original)

do estudante. São seus relevantes objetivos sociais e educacionais, em prol do estudante, que justificaram o favorecimento econômico embutido na Lei do Estágio, isentando o tomador de serviços, partícipe da realização de tais objetivos, dos custos de uma relação formal de emprego. Em face, pois, da nobre causa de existência do estágio e de sua nobre destinação – e como meio de incentivar esse mecanismo de trabalho tido como educativo –, a ordem jurídica suprimiu a configuração e efeitos jurtrabalhistas a essa relação de trabalho *lato sensu*.”

É válido destacar que o autor chama a atenção para o fato de que diversos efeitos trabalhistas comuns ao vínculo empregatício foram suprimidos da normativa do estágio, isto é, o contrato de estágio, por si só, já é muito mais acessível e econômico para o empregador. Ele é poupado não somente de pagar valores altos, mas de burocracias, documentações e conhecimento de legislações extensas.

Destarte, apesar de estar numa área próxima à relação de emprego, o estágio é uma relação de trabalho própria com regulação específica. É importante destacar que o caráter trabalhista da atividade não deixa de existir, embora o cunho educacional se sobressaia. No magistério de Reis (2015, p. 146):

“Assim, não há dúvida de que as atividades do estagiário constituem espécie de trabalho. Normalmente, o estagiário realiza as mesmas tarefas do empregado comum, pois a atividade do estágio deve propiciar experiências práticas na linha de formação do estudante.

Do ponto de vista jurídico, entendemos que o estágio deve ser considerado espécie de trabalho; afinal, o fato de a finalidade educacional ser preponderante não retira do estágio o caráter trabalhista da atividade.”

Saliente-se, também, que o estagiário não se confunde com o aprendiz. Este sempre será empregado, assinando contrato de trabalho nos termos do art. 428 da CLT e tendo direitos trabalhistas dele resultantes; aquele celebra termo de compromisso envolvendo as figuras do estagiário, parte concedente e instituição de ensino, bem como se sujeita às normas da Lei nº 11.788/08.

Essa normatização exclusiva não impede que a Lei que rege esse trabalho possa ser mudada, ampliando algum direito básico do estagiário. Por isso, é preciso desconstruir a ideia de que, por não ser uma relação de emprego e não estar sob o guarda-chuva da CLT, os direitos do estagiário são imutáveis. As próximas páginas irão desenvolver a possibilidade de se ter uma relação mais justa dentro da legalidade.

4 – A questão da bolsa-auxílio no estágio de estudantes em face do desvirtuamento da relação

Como asseverado anteriormente, a atual regulação do estágio de estudantes, a Lei nº 11.788/08, trouxe importantes conquistas para o estagiário em comparação com as normas predecessoras. Uma relativa segurança jurídica foi construída em torno do tema, dada a ausência de grandes discussões nas searas doutrinária e jurisprudencial.

No entanto, numa análise meticulosa da realidade social, constata-se obstáculos que a legislação em vigor não foi capaz de trespassar. Entre eles está a remuneração aquém das necessidades do estudante, em alguns casos, visto que, apesar de obrigatória, não há valor mínimo para a concessão da bolsa-auxílio no contexto do estágio na modalidade não obrigatória.

Antes, é preciso entender sua sistematização. O estágio de estudantes é dividido, conforme o art. 2º da Lei acima mencionada, em obrigatório e não obrigatório. Trata-se o primeiro daquele assim definido no projeto do curso, cuja carga horária é requisito para aprovação e obtenção de diploma. Já o segundo é opcional e seu cumprimento é acrescido à carga horária regular e compulsória.

A despeito de ser facultativo, o estágio não obrigatório é muitas vezes almejado e realizado pelos estudantes para adquirir conhecimento prático em suas áreas de interesse. Até porque o mercado de trabalho, dadas as suas transformações estruturais e as novas necessidades das políticas neoliberais de flexibilização, exige cada vez mais essa experiência, como anota Paiva (2011, p. 286):

“A busca do primeiro emprego é atualmente um obstáculo para muitos jovens brasileiros que não têm experiência profissional para a conquista de uma vaga, dessa forma, o estágio mostra-se como uma possibilidade do estudante adquirir experiência no âmbito profissional que é muitas vezes exigida aos candidatos para o ingresso no mercado de trabalho competitivo.”

A alta concentração de estudantes que procuram um estágio não obrigatório levou a legislação a conceder certos direitos para essa modalidade. Está assentada no art. 12 da Lei nº 11.788/08 a obrigatoriedade da concessão de bolsa-auxílio e de auxílio-transporte a esses estagiários, reafirmando em seu § 1º que a eventual concessão de outros benefícios não caracteriza vínculo empregatício.

Todavia, o progresso legal não foi suficiente para conter a sede de lucro de alguns empresários – com destaque para o termo “alguns”, pois a maioria

procura empreender honestamente –, que se aproveitam de brechas jurídicas para explorar mão de obra barata que não se oponha a tais expedientes. É a faceta mais perversa da precarização do trabalho, que será pormenorizada adiante.

Pela redação atual do mesmo dispositivo, a parte concedente do estágio pode pagar qualquer valor de bolsa-auxílio, por menor que seja, além do montante de auxílio-transporte, e estará cumprindo a legislação. Não há sequer critérios abertos a serem seguidos como, por exemplo, “quantia suficiente para atender às necessidades básicas do estudante” ou “pagamento justo e digno”.

É nessa toada a observação de Silva (2017, p. 86-87) quanto ao preço pago pela mão de obra do estagiário – afinal, mesmo que não seja uma relação de emprego, ainda sim é um trabalho no sentido de esforço humano que merece contraprestação. Caso contrário, está-se diante de trabalho voluntário, o que não é a ocasião, ou trabalho análogo à escravidão, o que se espera não ser o caso –, *in verbis*:

“O art. 12 da Lei nº 11.788/08 separa a bolsa obrigatória da bolsa facultativa – assim chamada qualquer forma de contraprestação. A bolsa é obrigatória para os estágios facultativos, precisamente porque este se aproxima ainda mais de um contrato de trabalho do que qualquer outro, sendo facultativa em caso de estágio obrigatório exigido pelas normas que disciplinam determinado curso. Por não se tratar de norma trabalhista, a bolsa não precisa respeitar o valor do salário mínimo nacional nem precisa guardar compatibilidade com os valores pagos pela empresa para as funções que o estagiário acompanha.”

Há anos certos autores alertam para o desvirtuamento do estágio e para a sua aplicação como uma máscara, um invólucro que esconde uma relação de emprego com baixíssimo custo para o empregador. Radicais são as palavras de Santos (2006, p. 40), que disserta sobre a evidente conexão entre estágio, revolução tecnológica, exploração e subemprego:

“Verdadeiramente, o contrato de estágio hoje é um subemprego aberto e disfarçado. O estagiário é um *jovem-bicho-homem* explorado e sofrido, sem identidade – pois nem é um trabalhador regido pela locação de serviços, tampouco uma espécie de empregado abarcado pela CLT – caracterizando-se em um *híbrido* que navega entre o estudo e o trabalho.” (grifos no original)

Ainda nessa toada, mas adicionando o desemprego estrutural como consequência mais significativa, Reis (2015, p. 26) ratifica a posição anterior

e a apresenta no contexto da globalização econômica e da nova fase que o capitalismo e o neoliberalismo vivenciam no mundo:

“Verifica-se, entretanto, em função da mundialização da economia, da automação, da robótica e da microeletrônica, uma elevada taxa de desemprego estrutural, acompanhada de outras espécies significativas de desqualificação do trabalho, presentes no trabalho precário, informal, temporário, parcial e subcontratado, cujos números são aumentados todos os dias em detrimento do emprego tradicional ou por prazo indeterminado.”

A relação de estágio não está de fora desse fenômeno cada vez mais corriqueiro no mercado de trabalho, pois ela é também parte no surgimento de figuras de trabalho atípicas. Assim, com um enfoque mais específico no mundo do ser, o mesmo autor (2015, p. 21), em poucas palavras, resume as consequências traiçoeiras do que ele chama sarcasticamente de “conto de fadas”:

“(…) O estagiário, efetivamente, não exerce a função para a qual foi contratado, laborando, assim, como autêntico empregado, a custos módicos. Sua passagem pela empresa é efêmera e se encerra com a contratação de outro estagiário. Acaba não sendo preparado para o mundo laboral e, mesmo sem esse intento, *acaba por retirar uma vaga de emprego formal*, contribuindo para o já preocupante desemprego.” (grifo nosso)

Enfatize-se que a possibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício na situação supraexposta não remedia a situação e não serve sequer como prevenção de novos casos de exploração. Isso porque as vítimas, muitas vezes, têm medo de demandar contra o empregador em Juízo, mesmo após o fim da relação de estágio, e sofrer algum tipo de retaliação, que vai desde o assédio moral no trabalho até a colocação do empregado em uma “lista negra” das empresas, dificultando a sua busca por emprego – apesar de ilegal, essa hipótese é comum, conforme relata o acórdão da Ação 849-2009-91-9-0-2/PR, do TRT-9.

Esse receio faz crescer a impunidade e a coragem dos infratores em continuar com seus expedientes lesivos. Para colocar fim a esse cenário – ou, ao menos, mitigá-lo –, este trabalho tem o objetivo de propor um piso, ou seja, um valor mínimo compulsório para a bolsa-auxílio no estágio não obrigatório. Essa quantia deve ser compatível com o trabalho desempenhado e com as necessidades do estudante/trabalhador, como se verá.

5 – Precarização do trabalho e os reflexos nocivos na relação de estágio

Abarca as questões do subemprego e da globalização aludidas acima a chamada precarização do trabalho, que pode ser definida (FERNANDES, 2010, p. 1) como um novo panorama surgido da atual fase do capitalismo, o da automação flexível, em que novas formas de trabalho foram criadas para suprir a necessidade de flexibilização trabalhista. Esta é típica do modelo econômico neoliberal.

Esta mudança estrutural no capitalismo seria a condição para o seu manutenção, uma vez que o crescimento econômico e a obtenção de lucro levaram a uma nova fase de exploração, desta vez, a do trabalhador, inclusive passando responsabilidades a este que antes seriam do empregador.

A precarização é reflexo da terceira revolução industrial ou revolução tecnológica, que iniciou na segunda metade do século XX, e já foi emendada numa quarta revolução industrial, que trata de tecnologias disruptivas como inteligência artificial, robótica, nanotecnologia, *machine learning*, entre outros, num quadro de substituição do ser humano em diversas atividades, como relata Alves (2018, p. 92-93).

Num contexto de crise econômica mundial que se arrasta desde 2008, apesar da recuperação de alguns países, da mundialização e, acrescente-se, da ainda atual crise migratória, as vagas de emprego se encontram constantemente ameaçadas. Primeiro porque o modelo antigo de empregado estável que construía toda a sua carreira em uma única empresa não mais prevalece, segundo porque a imigração e o desemprego colocam um maior número de pessoas para disputar aquela mesma colocação.

É possível citar, em adição, o desmonte de coletivos de trabalho e de resistência sindical-corporativa que se acentuou no País com a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) e continuou com a edição da Medida Provisória nº 873/2019. Como desfecho de toda essa situação, Hirata (2011, p. 16), ao comparar a precarização do trabalho no Brasil, na França e no Japão, chega à seguinte conclusão:

“O trabalho precário conduz à intensificação do trabalho, porque há uma ameaça sobre os trabalhadores estáveis dos que estão desempregados e que procuram trabalho, e estão dispostos, de certa forma, a aceitar condições salariais e condições de trabalho mais difíceis e mais penosas. Ao mesmo tempo, essa intensificação é também o resultado das novas formas de organização do trabalho e da produção. Trata-se de

organizações flexíveis do trabalho e da produção, essenciais para a própria reprodução do sistema de trabalho e de emprego no momento atual.

Essa intensificação é a regra tanto no setor secundário quanto no terciário, tanto relacionada aos executivos quanto aos trabalhadores de execução, tanto no Brasil quanto na França e no Japão. O resultado dessa intensificação é duplo: em primeiro lugar, danos múltiplos à saúde física e psíquica; em segundo lugar, aumento da distância entre assalariados e desempregados e, de modo mais amplo, entre os trabalhadores e aqueles que se encontram sem emprego. Essa segunda consequência pode fornecer uma pista para a discussão da questão do ‘*précarariat*’ (preariado ou precariamento), categoria proposta por Robert Castel (2009), em oposição à ‘*salariat*’ (assalariamento), para significar a institucionalização da precariedade.”

A autora faz menção expressa ao fato de que muitos candidatos aceitam condições salariais piores do que o normal para sua área tão somente para saírem do desemprego. É a maneira mais rápida de fugir das massas de desocupação ou de ocupação informal que crescem exponencialmente no mundo todo.

Nessa toada, o ambiente é perfeito para que uma empresa, e até mesmo a Administração Pública de qualquer ente federado, se aproveite do desespero alheio para oferecer um contrato de estágio, dito “trabalho atípico”, por ter ele as características de temporariedade e de instabilidade (o desligamento do estagiário é muito mais simples e não gera direito a absolutamente nenhuma verba trabalhista), no lugar que seria reservado a uma vaga de emprego formal, aumentando o desemprego estrutural.

Ainda que o estagiário contratado desempenhe as suas funções de acordo com o plano pedagógico de sua instituição de ensino e com a Lei do Estágio de Estudantes, ele desempenhará, de qualquer forma, atividades típicas de um trabalhador comum. Porém, o fará por uma contraprestação muito menor, já que não há a obrigação de se pagar um montante mínimo que garanta condições dignas ao estudante.

Ou seja, existe um silêncio eloquente da legislação que acaba não autorizando, mas também não proibindo a exploração da força produtiva dos estagiários a preços módicos. Isso gera um efeito em cadeia de desvalorização do estágio em todo o País, pois diversas partes concedentes se alinham em valores de bolsa-auxílio baixos e semelhantes, de maneira a pressionar o candidato a aceitar essa situação.

6 – O princípio da proteção no Direito do Trabalho: como proteger o estagiário?

Para se fundar como ramo especial do Direito, inclusive com uma Justiça própria, o Direito do Trabalho tem toda a sua estrutura normativa baseada no princípio da proteção. Segundo ele, o trabalhador se encontra numa posição inferior e hipossuficiente em relação ao empregador, pois a relação entre eles é desigual e este possui maiores recursos, não somente – mas também – econômicos, a seu dispor.

Como a lógica capitalista se baseia na exploração de recursos e de mão de obra e o Brasil adota o capitalismo como o seu sistema econômico, é muito fácil que os detentores do poder econômico e financeiro utilizem a força humana produtiva de forma abusiva.

Por isso, faz-se mister atribuir limites a essa autoridade com a edição de normas protetivas ao trabalhador, de maneira que lhe seja garantido um mínimo de direitos que impliquem remuneração suficiente, condições de trabalho adequadas à sua saúde física e mental, jornada de trabalho não exaustiva, proteção em caso de desemprego involuntário, entre outros. É esse o magistério de Alves (2018, p. 89):

“O Direito do Trabalho surge, então, como o reconhecimento de que a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais acabava por acarretar diferentes formas de exploração, cada vez mais abusivas e injustas. A ficção da igualdade existente entre as partes do contrato de trabalho não podia mais ser mantida pelo legislador, que teve de optar por uma compensação dessa desigualdade econômica que desfavorecia o trabalhador, outorgando a ele uma proteção jurídica favorável.”

O princípio da proteção foi desenvolvido de forma notável a partir das obras do falecido autor uruguaio Américo Plá Rodriguez, e desde então passou a ser citado na maioria dos livros que tratam da disciplina trabalhista. Almeida (2014, p. 55) defende ser a proteção o único princípio do Direito do Trabalho e explica que a troca desigual entre tempo de vida/força física por remuneração/valor monetário exige uma proteção do trabalhador contra a exploração econômica e a objetificação dele. *In verbis*:

“O fato, facilmente comprovável, de que o Direito do Trabalho sempre foi uma ‘pedra no sapato’ do sistema capitalista, dentro do qual floresce e ao qual serve, a princípio, pode causar certo espanto, e parecer mesmo paradoxal diante da afirmação de que o Direito do Trabalho serve

ao sistema. O paradoxo, porém, é apenas aparente. O Direito do Trabalho constitui uma espécie de concessão do sistema, que certamente não o agrada em sua essência, um ‘mal necessário’.

Esse ‘mal’, centrado no reconhecimento da necessidade de proteção a quem trabalha, tem como conteúdo resguardar o indivíduo, em sua condição de objeto-sujeito de uma relação jurídica desigual, a fim de, assim, proteger também a sociedade. Tudo o mais que a doutrina denomina princípios do Direito do Trabalho, são, em realidade, decorrências, parâmetros impostos pela linha condutora da proteção.

(...)

A proteção não está, portanto, à disposição do intérprete, para ser afastada no caso concreto, a partir da ponderação com outra norma jurídica. A proteção é o que legitima a regra trabalhista, está nela necessariamente ‘grudada’, sob pena de invalidade, em razão da quebra da função do ordenamento jurídico trabalhista. Essa afirmação, que sabemos contrária à maioria da doutrina constitucional, é vital para que o Direito do Trabalho (malgrado as investidas do discurso flexibilizante) continue a ser Direito do Trabalho: não perca a sua genética.”

Desse modo, a proteção opera como restrição à autonomia da vontade, pois, apesar de se viver num Estado capitalista, este é também interventor, até certo grau, no sentido de garantir o bom convívio social e os direitos de todos. E, como já foi explicitado, o art. 12 da Lei nº 11.788/08 autoriza à parte concedente a possibilidade de estabelecer o montante que ela bem entender de contraprestação ao estagiário na modalidade de estágio não obrigatório. Este fato constitui verdadeira hipótese de liberdade contratual, o que é inaceitável quando o que se está em jogo é a parcela remuneratória de um trabalhador, ponto tão sensível.

A propósito, qualquer princípio pertencente ao ordenamento jurídico, por ser da raiz da palavra, é utilizado como fundamento para a elaboração de regras. Destarte, o emprego correto do princípio da proteção na relação de estágio se faz presente quando os mandamentos constitucionais oportunos, mais à frente elucidados, são efetivamente aplicados. E a fixação de pisos para a bolsa-auxílio no estágio não obrigatório funciona como política pública de efetivação de direitos fundamentais e de valorização do jovem trabalhador.

7 – Proposta de um piso para a bolsa-auxílio no estágio não obrigatório

Não seria justo, de plano, fixar um salário mínimo como piso para a contraprestação destinada aos estagiários. Conforme o art. 10 da Lei nº 11.788/08,

a jornada de atividade deles só pode ser de quatro horas diárias e vinte horas semanais ou seis horas diárias e trinta horas semanais, no máximo, sem possibilidade de incluí-los em outro expediente ou da realização de horas extras.

Enquanto isso, um trabalhador regido pela CLT tem uma jornada de até oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais (art. 7º, XIII, da CR), além da possibilidade de cumprir horas extras em qualquer dia de trabalho por até duas horas (art. 59 da CLT). Estagiários não podem laborar em horário extraordinário, pois a Lei acima citada não dispõe sobre isso. Se não há previsão, não há permissão.

Como na relação de emprego a jornada costuma ser maior, nada mais digno do que conferir a esse trabalhador um piso maior, que começa pelo salário mínimo (art. 7º, IV, da CR). Ao estagiário, temos de encontrar um valor correspondente que seja inferior ao salário mínimo, mas razoável para remunerá-lo por sua mão de obra e cobrir, ao menos, os seus gastos mais básicos com aprendizagem.

Para isso, serão expostos adiante fundamentos jurídicos suficientes para embasar a proposta e, finalmente, será estabelecido um critério de quantificação do piso que seja justo para todas as partes da relação estudada, mas principalmente para o estagiário, tendo em vista o princípio da proteção.

7.1 – Aspectos constitucionais e principiológicos determinantes

Nesta jornada investigativa, poder-se-ia cair na tentação de vincular o salário mínimo ao piso buscado de forma proporcional ao tempo trabalhado por dia e por semana. Assim, a cifra resultante estaria abaixo do salário mínimo, mas compatível com a proposta de contraprestação honesta e suficiente.

Seria uma ótima solução, não fosse a proibição constitucional imposta pelo art. 7º, IV, da CR e pela Súmula Vinculante nº 4. Como explicam os precedentes da orientação sumular, permitir vinculações com o salário mínimo sucederia num efeito cascata, pois cada aumento dessa parcela obrigaria aquelas vinculadas a essa a aumentarem na mesma porcentagem. Essa consequência pressionaria reajuste menor do salário mínimo, trazendo prejuízos a toda a sociedade.

No entanto, recentemente, foi publicado o Informativo nº 929 do STF, no qual consta decisão da Primeira Turma no RE 1.077.813 AgR/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, cujo julgamento fora realizado em 5 de fevereiro de 2019. Nela, ficou determinado que não há vedação para a fixação de piso salarial em múltiplos do salário mínimo, desde que inexistam reajustes automáticos.

Estágio é aprendizado, mas também é labor. Existe quem perceba uma tendência protetiva na ordem jurídica, permitindo que certos direitos já previstos aos empregados sejam concedidos a outros trabalhadores em suas legislações específicas, como relata Sobrinho (2008, p. 1.180) no que toca ao estagiário:

“O vínculo do estágio enquanto atividade laboral enquadra-se no conceito mais amplo de relação de trabalho e, em consequência, o estagiário é considerado um trabalhador atípico. Essa proximidade com a relação de trabalho tem ao longo do tempo levado doutrinadores, legisladores e julgadores a admitirem um mínimo de proteção social ao estagiário, tomando como base tênue a aplicação direta ou analógica das normas trabalhistas, relativamente a temas como jornada, falta rescisiva, prescrição, proteção à saúde e à segurança do trabalho, etc.”

Ao perلustrar argumentos jurídicos que sustentem as afirmações defendidas, encontra-se, na Constituição da República, em seu art. 205, a determinação de que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, e que um de seus propósitos é a qualificação da pessoa para o trabalho. Como dito previamente, o art. 214, IV, da CR também possui mandamento nesse sentido.

Referida norma (art. 205) de jaez constitucional é classificada como impositiva de tarefas e objetivos aos órgãos públicos e ao legislador. É o que aduzem Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017, p. 648) ao explicitarem que o caráter abrangente do dispositivo é, ao mesmo tempo, direcionado para fins que devem ser obrigatoriamente perseguidos. Entre eles, o desenvolvimento da aptidão para o labor. Na linguagem dos autores:

“O art. 205, ao dispor que ‘a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade’, assume, de plano, uma dupla dimensão, pois tanto reconhece e define um direito (fundamental) de titularidade universal (de todos!), quanto possui um cunho impositivo, na condição de norma impositiva de deveres, que, dadas as suas características (e sem prejuízo de a educação ser em primeira linha um direito fundamental exigível como tal), situa-se na esfera das normas de eficácia limitada ou dependentes de complementação, já que estabelece fins genéricos a serem alcançados e diretrizes a serem respeitadas pelo Estado e pela comunidade na realização do direito à educação, quais sejam ‘o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho’.”

Assim, a regra prevê um incentivo ao estágio (DELGADO, 2018, p. 373-374), devido à sua natureza híbrida de ato educativo-laboral. Uma contraprestação mínima que cubra os gastos do estudante e dê a ele o valor pecuniário de seu trabalho é uma das maneiras mais eficazes de cumprir esse mandamento constitucional e atribuir um nível básico de proteção ao contrato de estágio.

Numa abordagem que leve em conta a ordem econômica como disposta na Constituição e a sua relação com o trabalho, depara-se com dois princípios políticos constitucionalmente conformadores: o valor social do trabalho como fundamento da República Federativa do Brasil, no art. 1º, IV; e a valorização do trabalho humano como fundamento da ordem econômica, no art. 170, *caput*.

Evidentemente que, apesar de não se referirem diretamente ao aspecto remuneratório, um modo de concretizar esses princípios é dar garantias mínimas de ganho pecuniário a todos os trabalhadores, inclusive aos estagiários. Um proletário bem pago é, dentre outros motivos, valorizado, inclusive no sentido de estabilidade e segurança financeiras, essenciais a qualquer ser humano.

Essa perspectiva é enxergada por Figueiredo (2016, p. 80) que, apesar de tratá-la mais no contexto da relação de emprego, o raciocínio é aplicável da mesma forma para a relação de estágio. Esta, além de possuir todos os requisitos daquela, abarca da mesma forma um trabalhador que dispense seu tempo realizando um esforço braçal e/ou intelectual em benefício de uma organização que o contratou e, por isso, merece obter em troca uma prestação em dinheiro. Em outros termos:

“A valorização do trabalho humano significa que o Poder Público deve garantir que o homem possa sobreviver dignamente, tão somente, com o produto da remuneração de seu labor, garantindo-lhe, para tanto, uma gama de direitos sociais, dentre os quais destacamos renda mínima, repouso semanal remunerado, seguro desemprego, fundo de garantia por tempo de serviço, jornada de trabalho diária e semanal máxima, gozo de férias anuais remuneradas etc. Trata-se de se primar pela proteção ao fator de produção mão de obra. Para tanto, o Estado deve atuar de maneira a garantir que o produto do labor do homem (salário) seja capaz de lhe gerar uma renda mínima que, por si e sem interferências externas, lhe garanta o acesso (compra) a todos os bens de consumos essenciais para se viver condignamente no seio da sociedade.” (grifo nosso)

Para finalizar, agora numa observação específica do fenômeno do estágio e de sua regulação normativa, uma importante contribuição de Sobrinho (2008, p. 1.176-1.777) deve ser enaltecida. Ao sistematizar o instituto, o autor chegou à conclusão de que existem três princípios intrínsecos à relação de estágio: a

vinculação pedagógica, a adequação e o rendimento. O último refere-se ao desfecho da relação:

“O princípio do rendimento não é senão as consequências da correta aplicação dos princípios anteriores (vinculação pedagógica e adequação), mas que ensejam um destaque diferenciado em face da visibilidade que o legislador deu à exigência de que os recursos humanos e materiais sejam empregados visando o êxito do processo educativo.

(...)

Em considerável parcela dos casos, as possibilidades para se atingir os resultados positivos estão condicionadas ao grau de envolvimento e de cooperação entre a comunidade escolar, a família do educando e a sociedade. Dito de outro modo, o rendimento a ser apurado com a avaliação do estágio não se limita a performance da escola (projeto, acompanhamento e orientação) ou do estagiário (disciplina, envolvimento e aproveitamento), mas a de todos os responsáveis pela formação do educando, tais como a instituição concedente, a família e a sociedade (art. 205 da CF/88).”

Assim, se se pretende lograr êxito no vínculo entre o estagiário e a parte concedente, remunerar aquele adequadamente, sempre com a garantia de que será obrigatório conceder-lhe ao menos o piso, é uma das formas mais efetivadoras do princípio acima detalhado. Repita-se, pois é insubstituível, que a um trabalho devidamente executado corresponde uma importância em dinheiro.

Princípios são mandados de otimização e, como tais, devem ser utilizados com cautela para que sua aplicação, *mutatis mutandis*, alcance os reais objetivos não apenas de um texto legal, mas de toda a ordem que o rege. Todas as justificativas principiológicas adotadas neste trabalho são produto dessa investigação interpretativa e devem servir como alicerce para a proposta abaixo esmiuçada.

7.2 – Fixação de um valor mínimo: qual é o critério?

Para se chegar a um critério que seja justo, adequado e suficiente para a determinação de um piso para a contraprestação correspondente ao trabalho executado pelo estagiário, é importante considerar a jornada de trabalho nesse cálculo. Vale lembrar que, conforme o art. 4º, *caput*, da CLT, no caso do empregado, considera-se como parte dessa jornada o tempo efetivamente trabalhado e o tempo à disposição do empregador.

O salário mínimo nacional é baseado num expediente de oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais. Já o piso da bolsa-auxílio deve ser coerente com a jornada específica do estagiário, que pode ser de quatro horas

diárias e vinte horas semanais ou de seis horas diárias e trinta horas semanais (art. 10 da Lei do Estágio de Estudantes). Não há possibilidade de realizar horas extras, como já foi afirmado.

Respeitando essa proporcionalidade, a quantia a ser estabelecida deve ser inferior ao valor do salário mínimo. Seria de todo injusto obrigar a parte concedente a pagar o mesmo ou mais a um estagiário do que a um trabalhador regido pela CLT, pois esta relação é mais protegida, o empregado trabalha por mais horas (podendo fazer horas extras) e tem, em tese, maiores responsabilidades.

Aliás, seguindo a legislação, a jornada de atividade em estágio se divide em duas, trazendo o desafio de estabelecer dois pisos condizentes com esses itinerários. Portanto, está-se a buscar, no mínimo, *dois pisos para a bolsa-auxílio*, um para os estudantes de educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional de educação de jovens e adultos; e outro destinado aos estudantes do ensino superior, da educação profissional de nível médio e do ensino médio regular.

É deveras intrincado para os profissionais do ramo do Direito chegar a um cálculo exato nos termos expostos. Aliás, a função incumbe ao pesquisador das Ciências Contábeis. Cabe ao jurista trabalhar em colaboração com os demais especialistas, não de maneira que as outras ciências determinem o conteúdo do Direito, mas no sentido de que os conceitos e os números daquelas contribuam para um sistema jurídico consentâneo com os ditames da justiça social.

Sobre a linguagem do Direito e o seu liame com a realidade extrajurídica, o professor Carvalho (2015, p. 160) desenvolveu trabalho memorável no qual ele admite a necessidade do ordenamento jurídico se comunicar e adotar conceitos de outros ramos, pois é a partir da experiência real que ele é construído, mas alerta que esse recurso deve ser utilizado na linguagem jurídica:

“Há, necessariamente, um intervalo entre a realidade social, constituída pela linguagem natural e a realidade jurídica, constituída pela linguagem do direito. Isto porque esta última se constrói a partir da primeira, assumindo a feição de uma linguagem de segundo grau, com rigoroso processo seletivo, seja na absorção dos acontecimentos que hospeda em suas hipóteses, seja pela ação deontica de seus operadores, realizando o código lícito/ilícito. O espaço que se entrepõe é inevitável, consignando-o Pontes na distinção ‘suporte fáctico/fato jurídico’. Sendo os enunciados normativos seletores de propriedades, como já vimos, neles estabelece o legislador quais os aspectos do suporte físico que ingressam e quais os que não ingressam (ficando irrelevantes) nos domínios do direito.”

DOCTRINA

Assim, o sistema jurídico assimila novas matérias sociais, políticas, econômicas, etc., e as processa segundo suas próprias regras e por seu próprio código (lícito/ilícito). Com os pisos de bolsa-auxílio a concepção é a mesma. O sistema receberá de forma escrita, pelo processo legislativo correto, os valores mínimos a que se pretende aplicar para cada relação de estágio correlata. Estes são resultados de cálculos feitos por outra ciência, mas o Direito os interpretará à sua maneira, como comandos dirigidos a certas pessoas e aplicáveis a determinado período de tempo no território nacional.

Uma vez assumida a incapacidade técnica dos juristas para o intento deste trabalho, fica a recomendação de que o Governo Federal, por meio do atual Ministério da Economia ou ente vinculado a este, faça o cálculo dos pisos tomando por base tudo o que foi manifestado até aqui, com destaque para a decisão divulgada no Informativo nº 929 do STF, a permitir a fixação de piso salarial em múltiplos do salário mínimo, no entanto, sem que haja previsão de reajustes automáticos, estes sim vedados.

Para que o Executivo federal tenha essa incumbência, a Lei nº 11.788/08 merece alteração em seu art. 12 que estabeleça expressamente a obrigatoriedade da parte concedente obedecer aos pisos. Além disso, deve-se positivizar a tarefa do Ministério em fazer os cálculos anualmente, apresentá-los ao Presidente da República e este publicá-los por Decreto, válido por um ano, assim como ocorre com o salário mínimo. O sistema de cálculos anuais respeita a vedação aos reajustes automáticos dita alhures.

Evidente que, para as relações de estágio ligadas à Administração Pública federal, além de todo esse processo, é necessária a previsão na lei orçamentária anual respectiva desses pisos, visto que vinculam a União, assim como as leis orçamentárias anuais dos demais entes federados também devem prever recursos suficientes para o adimplemento dos pisos quando a mudança efetivamente ocorrer.

8 – Considerações finais

Por meio de greves, protestos e lutas diárias, o trabalhador brasileiro, assim como em muitos outros países, obteve direitos trabalhistas dispostos principalmente na CLT e na Constituição da República, sem prejuízo das normativas internacionais, com destaque para as convenções da OIT. Esse conjunto de leis protetivas busca nivelar partes desiguais de uma relação e atribuir direitos básicos ao contratado que impeçam o desfecho maligno da exploração, com destaque para a mão de obra barata.

Assim, a realidade econômico-social da precarização do trabalho pode e deve ser enfrentada tomando-se por base o princípio da proteção, de sorte que ao trabalhador sejam assegurados direitos básicos e indispensáveis à boa qualidade de vida. O estágio, mesmo que seja uma relação de trabalho especial, e não relação de emprego, também faz parte da força produtiva do País e merece proteção contra arbítrios.

Em que pesem os direitos garantidos expressamente, o empregador encontrou uma brecha legal para contratar por preço baixo e com pouquíssimas obrigações: o estagiário. Como não há piso para a bolsa-auxílio no estágio não obrigatório, muitos empresários abusam dessa condição para conseguir verdadeiros operários a preços módicos – e vários destes aceitam, até por falta de opção.

Está na hora de mudar essa realidade. E o presente artigo trouxe argumentos mais que suficientes para isso, todos apontando para a efetividade da relação de estágio e um de seus sustentáculos, a contraprestação mínima justa. Não se está a falar no salário mínimo, pois isto seria desarrazoado, mas num piso, ou melhor, pisos compatíveis, que assegurem recursos básicos ao estudante.

É sempre fulcral sublinhar que, mesmo sendo uma relação de trabalho em sentido amplo e tendo todos os direitos previstos na Lei nº 11.788/08, nada impede que essa legislação mude. A tendência protetiva do Direito do Trabalho, no que pese a flexibilização imposta pela revolução tecnológica, continua forte e viva, muitas vezes a única esperança em meio ao desemprego e à precarização do trabalho.

Por isso, uma alteração legal que combata o proveito abusivo da relação de estágio é inevitável. Além do mais, garantir uma contraprestação mínima consentânea com a atividade desempenhada significa concretizar a justiça social e valorizar o esforço de quem escolhe o caminho do trabalho. Laborar e receber muito pouco por isso não é “a realidade”, é exploração e deve ser combatida.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Almiro Eduardo de. *Direito do trabalho: avesso da precarização*. São Paulo: LTr, 2014. v. 1.

ALVES, Jefferson dos Santos. As novas relações de trabalho na perspectiva da reforma trabalhista. In: GENRO, Tarso; COELHO, Rogério Viola (Coord.). *Degradação e resgate do direito do trabalho: contributos para uma doutrina constitucional de defesa de direitos*. São Paulo: LTr, 2018.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. A nova Lei de Estágio. *Revista Magister de Direito do Trabalho*, Porto Alegre, v. 26, p. 93-98, set./out. 2008.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 2.419, de 2007*. Dispõe sobre o estágio de estudantes; altera a redação do art. 428 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada

DOCTRINA

pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga as Leis nºs 6.494, de 7 de dezembro de 1977, e 8.859, de 23 de março de 1994, o parágrafo único do art. 82 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e o art. 6º da Medida Provisória nº 2.164-41, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília, DF, nov. 2007. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=376487>>. Acesso em: 4 jan. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 4 jan. 2019.

_____. *Decreto nº 66.546, de 11 de maio de 1970*. Institui a Coordenação do “Projeto Integração”, destinada à implementação de programa de estágios práticos para estudantes do sistema de ensino superior de áreas prioritárias, e dá outras providências. Brasília, DF, maio 1970. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D66546.htm>. Acesso em: 4 jan. 2019.

_____. *Decreto nº 75.778, de 26 de maio de 1975*. Dispõe sobre o estágio de estudantes de estabelecimento de ensino superior e de ensino profissionalizante de 2º grau, no Serviço Público Federal, e dá outras providências. Brasília, DF, maio 1975. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D75778.htm>. Acesso em: 4 jan. 2019.

_____. *Decreto nº 87.497, de 18 de agosto de 1982*. Regulamenta a Lei nº 6.494, de 07 de dezembro de 1977, que dispõe sobre o estágio de estudantes de estabelecimentos de ensino superior e de 2º grau regular e supletivo, nos limites que especifica e dá outras providências. Brasília, DF, ago. 1982. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D87497.htm>. Acesso em: 4 jan. 2019.

_____. *Decreto-Lei nº 4.073, de 30 de janeiro de 1942*. Lei orgânica do ensino industrial. Rio de Janeiro, jan. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del4073.htm>. Acesso em: 4 jan. 2019.

_____. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, maio 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 4 jan. 2019.

_____. *Decreto-Lei nº 6.141, de 28 de dezembro de 1943*. Lei Orgânica do Ensino Comercial. Rio de Janeiro, dez. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del6141.htm>. Acesso em: 4 jan. 2019.

_____. *Lei nº 6.494, de 7 de dezembro de 1977*. Dispõe sobre os estágios de estudantes de estabelecimento de ensino superior e ensino profissionalizante do 2º Grau e Supletivo e dá outras providências. Brasília, DF, dez. 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6494.htm>. Acesso em: 4 jan. 2019.

_____. *Lei nº 8.859, de 23 de março de 1994*. Modifica dispositivos da Lei nº 6.494, de 7 de dezembro de 1977, estendendo aos alunos de ensino especial o direito à participação em atividades de estágio. Brasília, DF, mar. 1994. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8859.htm>. Acesso em: 4 jan. 2019.

_____. *Lei nº 11.788, de 25 de setembro de 2008*. Dispõe sobre o estágio de estudantes; altera a redação do art. 428 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996; revoga as Leis nºs 6.494, de 7 de dezembro de 1977, e 8.859, de 23 de março de 1994, o parágrafo único do art. 82 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e o art. 6º da Medida Provisória nº 2.164-41, de

DOCTRINA

24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília, DF, set. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11788.htm>. Acesso em: 4 jan. 2019.

_____. *Medida Provisória nº 2.164-41, de 24 de agosto de 2001*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, para dispor sobre o trabalho a tempo parcial, a suspensão do contrato de trabalho e o programa de qualificação profissional, modifica as Leis nºs 4.923, de 23 de dezembro de 1965, 5.889, de 8 de junho de 1973, 6.321, de 14 de abril de 1976, 6.494, de 7 de dezembro de 1977, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 9.601, de 21 de janeiro de 1998, e dá outras providências. Brasília, DF, ago. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2164-41.htm>. Acesso em: 4 jan. 2019.

_____. Ministério do Trabalho e da Previdência Social. *Portaria nº 1.002, de 29 de setembro de 1967*. Brasília, DF, out. 1967. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doc_3416594_portaria_n_1002_de>. Acesso em: 4 jan. 2019.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 473, de 2003*. Dispõe sobre os estágios de estudantes de instituições de educação superior, da educação profissional e do ensino médio, inclusive nas modalidades de educação de jovens e adultos e de educação especial e dá outras providências. Brasília, DF, nov. 2003. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/64092>>. Acesso em: 4 jan. 2019.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.

FERNANDES, Danielle Cireno. Precarização do trabalho. In: OLIVEIRA, Dalila Andrade; DUARTE, Adriana M. Cancellia; VIEIRA, Livia M. Fraga. *Dicionário: trabalho, profissão e condição docente*. Belo Horizonte: UFMG/Faculdade de Educação, 2010.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

HIRATA, Helena. Tendências recentes da precarização social e do trabalho: Brasil, França, Japão. *Caderno CRH*, Salvador, v. 24, n. 1, p. 13-20, 2011.

PAIVA, Renata Machado. A possibilidade de caracterização do vínculo empregatício do estagiário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 910, p. 285-302, ago. 2011.

REIS, Jair Teixeira dos. *Relações de trabalho: estágio de estudantes*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015.

SANTOS, Juscelindo Vieira dos. *Contrato de estágio: subemprego aberto e disfarçado: reflexões e comentários: legislação de estágio*. São Paulo: LTr, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado: parte geral*. 4. ed. São Paulo: RT, 2017.

SOBRINHO, Zéu Palmeira. O contrato de estágio e as inovações da Lei 11.788/2008. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 10, p. 1.173-1.188, 2008.

Recebido em: 21/03/2019

Aprovado em: 24/04/2019

**CONTROLE JUDICIAL DAS CLÁUSULAS
INTEGRANTES DOS INSTRUMENTOS DE
NEGOCIAÇÃO COLETIVA: RESTRIÇÕES À
ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO ADVINDAS
COM A REFORMA TRABALHISTA –
LEI Nº 13.467/2017**

***JUDICIAL CONTROL OF THE CLAUSES INTEGRATED
COLLECTIVE BARGAINING INSTRUMENTS: RESTRICTIONS
ON THE JURISDICTION'S ACTIVITY ADVISED OF LABOR
REFORM – LAW NO. 13.467/2017***

Maria Carolina Ramos*
Thamiris Cristina Rebelato**

RESUMO: O presente artigo tem como escopo investigar os limites das negociações coletivas em âmbito trabalhista e a atuação do Poder Judiciário quanto à apreciação das cláusulas integrantes dos instrumentos normativos coletivos, tendo em vista as alterações legislativas trazidas pela Lei Federal nº 13.467/2017 – Reforma Trabalhista – que acrescentou os arts. 611-A, 611-B e o § 3º do art. 8º à Consolidação das Leis do Trabalho, resgatando, para tanto, estudos sobre institutos específicos do direito coletivo do trabalho – negociação coletiva e os instrumentos normativos – debatendo-se quanto à compatibilidade da nova redação da Consolidação das Leis do Trabalho com a Constituição Federal de 1988, com fulcro nos princípios da inafastabilidade de jurisdição, autonomia privada coletiva, adequação setorial negociada e intervenção mínima da autonomia privada.

PALAVRAS-CHAVE: Instrumentos Coletivos de Negociação Trabalhista. Atuação do Poder Judicial. Lei Federal nº 13.467/2017.

ABSTRACT: The purpose of this article is to investigate the limits of collective bargaining in the labor field and the judiciary in relation to the assessment of clauses that are part of collective normative instruments, in view of legislative changes brought by Federal Law no. 13.467/2017 – Labor Reform – which added articles 611-A, 611-B and § 3 of art. 8 to the Consolidation of Labor Laws, rescuing, for this, studies on specific institutes of collective labor law – collective bargaining and normative instruments – debating on the compatibility of the new wording of the Consolidation

* *Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas; mestre em Direito Penal pela Universidade Metodista; doutoranda em Direito Público pela Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal; professora dos cursos de graduação e pós-graduação; advogada.*

** *Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, pós-graduada “Lato Sensu” em Direito Material e Processo do Trabalho pela Universidade Estácio de Sá; advogada.*

of Labor Laws. Labor Laws with the Federal Constitution of 1988, with a focus on the principles of inafasability of jurisdiction, collective private autonomy, negotiated sectorial adequacy and minimal intervention of private autonomy.

KEYWORDS: Collective Instruments of Labor Trading. Action of the Judicial Power. Federal Law no. 13.467/2017.

1 – Introdução

As negociações coletivas no âmbito trabalhista têm sido alvo de discussões entre os estudiosos e aplicadores do direito, especialmente com as substanciais mudanças promovidas no ordenamento jurídico laboral com o advento da Lei Federal nº 13.467, de julho de 2017.

O presente artigo tem como desígnio investigar os limites das negociações coletivas em sede trabalhista e da atuação do Poder Judiciário quanto à apreciação das cláusulas integrantes dos instrumentos coletivos de negociação, com enfoque na recente alteração legislativa trazida pela Lei nº 13.467/2017 – Reforma Trabalhista – que acrescentou os arts. 611-A, 611-B e § 3º do art. 8º à Consolidação das Leis do Trabalho.

Para tanto, a presente análise parte do estudo dos institutos da negociação sindical e dos instrumentos normativos negociados. Em sequência será traçado panorama sobre os princípios aplicados a negociação sindical, sendo destacados os princípios da inafastabilidade de jurisdição, autonomia privada coletiva, adequação setorial negociada e intervenção mínima na autonomia privada. Por fim, abordaremos as modificações legislativas advindas com a Lei nº 13.467/2017, quanto ao marco de matérias que podem ser objeto de negociação coletiva e dos hodiernos limites à atuação do Poder Judiciário quanto à investigação do teor das convenções e acordos coletivos de trabalho.

A pesquisa realizada tem natureza bibliográfica, desenvolvendo-se sob método de pesquisa dedutiva, sendo realizada a partir de uma perspectiva geral sobre o tema, visando formar hipótese provável de resposta à problematização.

2 – Da negociação coletiva e dos instrumentos normativos

A organização sindical constitucional pátria enfatiza, com base no art. 7º, inciso XXVI, da Carta Magna, a utilização de negociações coletivas como meio de resolução de conflitos, dando origem a normas autônomas, exteriorizadas mediante acordo coletivo e convenção coletiva de trabalho.

A negociação é um dos mais importantes métodos de solução de conflitos trabalhistas de natureza coletiva, enquadrando-se no grupo dos instrumentos de

autocomposição, na qual os sujeitos originais em confronto relacionam-se na busca da extinção do conflito, sem a intervenção de outros agentes no processo de pacificação da controvérsia.

A autocomposição é verificada de três maneiras, podendo ser caracterizada pelo despojamento unilateral em favor de outrem da vantagem por este almejada (renúncia), a aceitação ou resignação de uma das partes ao interesse da outra (aceitação, resignação, ou ainda submissão) e, por fim, através da concessão recíproca¹.

Conforme explanação apresentada por Godinho Delgado, a negociação coletiva enquadra-se no grupo das fórmulas autocompositivas, essencialmente democráticas, gerindo interesses profissionais e econômicos de significativa relevância social. Por isso, não se confunde com a renúncia e muito menos com a submissão, devendo cingir-se, essencialmente, à transação (por isso se fala em transação coletiva negociada), possuindo seus instrumentos fins, que consomem o sucesso da dinâmica negocial, sendo eles a convenção coletiva de trabalho (CCT) e acordo coletivo de trabalho (ACT)².

A Consolidação das Leis do Trabalho define a convenção coletiva em seu art. 611, *caput*³, sendo esta o acordo de caráter normativo pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.

Nas palavras de Mauricio Godinho Delgado, a convenção coletiva resulta de negociações entabuladas por entidades sindicais, quer a dos empregados, quer a dos respectivos empregadores. Envolve, portanto, o âmbito da categoria, seja a profissional (obreiros), seja a econômica (empregadores), manifestando caráter coletivo e genérico⁴.

A CLT também trata do acordo coletivo de trabalho. Diz a Lei brasileira em seu art. 611, § 1º, que é facultado aos sindicatos representativos de categoria profissional celebrar acordos coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho,

1 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 1.435.

2 *Ibidem*, p. 1.435.

3 “Art. 611. Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.” (BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho: Decreto Lei nº 5.452/1943, de 9 de agosto de 1943. *Diário Oficial da União*. Brasília. 9 ago. 1943)

4 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 1.434.

aplicáveis no âmbito da empresa ou das empresas acordantes às respectivas relações de trabalho⁵.

Extrai-se, a partir do texto da Consolidação, o acordo coletivo de trabalho como um compromisso de caráter normativo pelo qual um sindicato representativo de certa categoria profissional e uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas empresas, às relações individuais de trabalho.

Nota-se que para o estabelecimento do acordo coletivo de trabalho não é necessária a presença do sindicato no polo empresarial de contratação, embora seja imprescindível que a pactuação obreira se firme através do respectivo sindicato.

Encontra-se pacificado o entendimento de que a Constituição de 1988, ao considerar obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho (art. 8º, VI, da CF/88), não se referiu a sindicato de empregadores, mas apenas à entidade sindical obreira, visto que o empregador, por sua própria natureza, já é um ser coletivo, ao passo que os trabalhadores apenas adquirem essa qualidade mediante sua atuação coletiva⁶.

Os instrumentos de negociação coletiva, embora de origem privada, criam regras jurídicas (normas autônomas), ou seja, preceitos gerais, abstratos e impessoais dirigidos para a normatização de eventos futuros, correspondendo, portanto, à noção de lei em sentido material, sendo, do ponto de vista substantivo, diplomas reveladores de regras jurídicas.

Entretanto, do ponto de vista formal, dispendo as convenções e acordos coletivos de trabalho como manifestação de vontades entre sujeitos coletivos sindicais, localizam-se na mesma linha genérica dos negócios jurídicos privados bilaterais ou plurilaterais⁷.

Válido ressaltar a abrangência de cada um nos instrumentos de negociação. A convenção coletiva incide em universo mais amplo, caracterizado pela base profissional e econômica representada pelos respectivos sindicatos, respeitadas as fronteiras da base territorial das representações, abrangendo todas as empresas e respectivos empregados englobados na respectiva categoria econômica e profissional.

Por sua vez, o acordo coletivo de trabalho tem abrangência muito mais restrita, atingindo apenas os empregados vinculados às empresas ou conjunto de

5 BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho: Decreto Lei nº 5.452/1943, de 9 de agosto de 1943. *Diário Oficial da União*. Brasília. 9 ago. 1943.

6 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

7 *Ibidem*, p. 1.435.

empresas que tenham subscrito os referidos diplomas, não obrigando empresas não convenientes ou seus empregados.

Ainda quanto à celebração dos instrumentos coletivos de trabalho, o art. 617, §§ 1º e 2º, da CLT autoriza a substituição do sindicato pela federação e, respectivamente, pela confederação, em caso de recusa dos primeiros, bem quando se tratar de categorias inorganizadas em entidades de primeiro grau. As federações assumem a correspondente legitimidade para discutir e celebrar negociações coletivas de trabalho e, inexistindo também federação, assume a legitimidade a correspondente confederação.

No que tange ao conteúdo dos instrumentos coletivos, as cláusulas constituintes se classificam em jurídicas e contratuais⁸.

As regras jurídicas são aquelas que geram direitos e obrigações que irão integrar os contratos individuais de trabalho das respectivas bases representadas. Consubstanciam nas razões de ser da negociação coletiva, sendo criadoras de fontes normativas autônomas do direito do trabalho, devendo ser observadas pelos trabalhadores e empregadores.

Por sua vez, as cláusulas contratuais são aquelas que criam direitos e obrigações para ambas as partes convenientes. São aquelas que estabelecem as obrigações assumidas pelos sindicatos ou empresas em nome próprio, uns frente aos outros. Resultam de tais cláusulas compromissos diretos e concretos, que vinculam os próprios convenientes e não as categorias alcançadas pelos convênios.

Quanto a forma dos instrumentos coletivos, Mauricio Godinho Delgado leciona que tanto a convenção coletiva como o acordo coletivo são instrumentos solenes, que devem ser necessariamente lançados por escrito, submetidos à divulgação pública razoável, possuindo os próprios procedimentos para a concepção e concretização, geralmente previstos no estatuto da entidade sindical, subordinados a ritos e exigências relativos à complexidade, visto tratar-se de mecanismo criador de importante complexo de regras jurídicas. Inobstante o art. 612 da CLT⁹ ostentar rito negocial, não se pode desconhecer que o rigor apresentado afronta o princípio constitucional da autonomia dos sindicatos,

8 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 1.435.

9 “Art. 612. Os Sindicatos só poderão celebrar Convenções ou Acordos Coletivos de Trabalho, por deliberação de Assembléia Geral especialmente convocada para esse fim, consoante o disposto nos respectivos Estatutos, dependendo a validade da mesma do comparecimento e votação, em primeira convocação, de 2/3 (dois terços) dos associados da entidade, se se tratar de Convenção, e dos interessados, no caso de Acôrdo, e, em segunda, de 1/3 (um terço) dos mesmos. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 229, de 28/02/1967)

Parágrafo único. O ‘quorum’ de comparecimento e votação será de 1/8 (um oitavo) dos associados em segunda convocação, nas entidades sindicais que tenham mais de 5.000 (cinco mil) associados.”

por tratar-se de matéria efetivamente própria da regência dos estatutos sindicais, devendo prevalecer *quorum* fixado no estatuto sindical respectivo, sendo, inclusive, esse entendimento firmando pelo Tribunal Superior do Trabalho¹⁰.

Para que passe a produzir seus efeitos, determina a CLT o depósito no órgão correspondente do Ministério do Trabalho (regional ou nacional, conforme o caso) dentro do prazo de oito dias, contados da assinatura do documento coletivo. Em cinco dias contados do depósito, deverá também ser afixado nas respectivas sedes e nos estabelecimentos das empresas compreendidas no campo de aplicação dos instrumentos coletivos celebrados (art. 614, *caput*, e § 2º, da CLT)¹¹.

3 – Dos princípios norteadores da negociação coletiva

Para melhor compreensão das novas disposições legais quanto ao poder de investigação do Judiciário Trabalhista face às cláusulas dos instrumentos normativos coletivos, faz-se necessária a observação de alguns princípios norteadores da negociação coletiva.

Válido informar que não esgotaremos neste tópico todos os princípios que regem as negociações entre entidades sindicais, ou entre estas e empresas, mas tão somente aqueles que detêm maior relação com a atuação do Poder Judiciário face ao conteúdo de suas cláusulas.

Iniciaremos com o princípio da inafastabilidade de jurisdição, também conhecido como princípio do acesso à justiça, que possui previsão no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Em exame superficial, a redação do artigo mencionado deixa evidente que, se, por um lado, cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, por outro, é assegurado a todo aquele que se sentir lesado ou ameaçado em seus direitos o ingresso aos órgãos judiciais em busca de tutela.

Preleciona Kazuo Watanabe:

“O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inciso XXXV do art. 5º da CF, não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciais, mas sim o acesso à Justiça que propicie a efetiva

10 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 1.436-1.437.

11 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 1.436-1.437.

e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o que, certamente, está ainda muito distante de ser concretizado, e, pela falibilidade do ser humano, seguramente jamais o atingiremos em sua intezeza. Mas a permanente manutenção desse ideal na mente e no coração dos operadores do direito é uma necessidade para que o ordenamento jurídico esteja em contínua evolução.”¹²

Observa-se que o princípio da inafastabilidade da jurisdição não se estabelece apenas no direito de ingressar em juízo, mas no direito da garantia de tutela jurisdicional efetiva, trazendo verdadeira solução a lide apresentada ao Poder Judiciário.

Na explanação trazida por João Batista Lopes e Maria Elizabeth de Castro Lopes:

“A Constituição de 1988 traz, no inciso XXXV do art. 5º, a seguinte disposição: ‘A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito’. Para além da literalidade do texto, o que se estabelece não é apenas o direito de ingressar em juízo ou de movimentar a máquina judiciária, mas a garantia de tutela jurisdicional qualificada, cumprida a função social do sistema jurídico.”¹³

Segundo o modelo e fundamentos sob o qual se rege o Estado Democrático de Direito, em especial à luz do modelo constitucional do processo, não basta que ao cidadão seja garantido o direito de peticionar ao Poder Judiciário sem que, concomitantemente, lhe seja assegurado o direito implícito a uma prestação justa, adequada e efetivamente observada no plano material. Isso porque a substancial observância do acesso à justiça depende, invariavelmente, da existência de meios que cumpram adequadamente as duas vertentes do aludido princípio, como elucida Leonardo Ferres da Silva Ribeiro¹⁴.

Deste modo, entende-se que o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição é garantia constitucional do jurisdicionado de, uma vez que lhe é vedado a autotutela, valer-se do Judiciário em busca de uma solução quando se

12 WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer – arts. 273 e 461 do CPC. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 20.

13 LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Princípio da efetividade. In: *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 241.

14 RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Prestação jurisdicional efetiva: uma garantia constitucional. In: *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006. p. 153.

encontra em situação de ameaça ou lesão a direito garantido pelo ordenamento jurídico pátrio e de receber uma resposta justa, adequada, tempestiva e efetiva.

Conforme ensinamentos de Nelson Nery Junior, o destinatário principal do inafastabilidade da jurisdição é o legislador, embora o comando atinja a todos indistintamente. Desta forma, “não pode o legislador e ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão”¹⁵.

Essa é também a lição de Canotilho:

“Garantir uma melhor definição jurídico-material das relações entre Estado-cidadão e particulares-particulares, e, ao mesmo tempo, assegurar uma defesa dos direitos ‘segundo os meios e métodos de um processo juridicamente adequado’. Por isso, a abertura da via judiciária é uma *imposição directamente dirigida ao legislador* no sentido de dar operatividade prática à defesa de direitos. Esta imposição é de particular importância nos aspectos processuais.”¹⁶

Ademais, por tratar-se de garantia fundamental, possuindo caráter de cláusula pétrea, os contornos traçados pelo Texto Constitucional não admitem restrições, significando que nenhuma lei pode autoexcluir-se da apreciação do Poder Judiciário quanto à verificação de sua constitucionalidade. Conforme explana Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins:

“À exceção dos contornos impostos pelo próprio texto constitucional, não se admitem outras restrições ao direito de acesso ao Judiciário, mesmo porque cuida-se de garantia fundamental, cláusula pétrea, portanto, que sequer por via de emenda à Constituição pode ser alterada (art. 60, § 4º, IV, da CF), o que significa que ‘lei alguma poderá autoexcluir-se da apreciação do Poder Judiciário quanto à sua constitucionalidade, nem poderá dizer que ele seja ininvocável pelos interessados perante o Poder Judiciário para resolução das controvérsias que surjam da sua aplicação’.”¹⁷

Por sua vez, no art. 7º, incisos VI, XIII, XIV, XXVI e art. 8º, VI, que dispõem sobre o reconhecimento dos acordos e convenções coletivas, estabelecem

15 NERY Jr., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 130.

16 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Almedina, 2003. p. 275.

17 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2. p. 171.

DOCTRINA

o princípio da autonomia da vontade coletiva, uma vez que autoriza as partes a constituir normas jurídicas específicas e adequadas ao ambiente de trabalho.

Conforme preleciona João Lima Teixeira Filho, a negociação coletiva de trabalho é efeito decorrencial da autonomia privada e sua manifestação concreta. A autonomia privada coletiva é o poder social dos grupos representados autorregularem seus interesses gerais e abstratos, reconhecendo o Estado a eficácia plena dessa avença em relação a cada integrante dessa coletividade, a par ou apesar do regramento estatal, desde que não afronte norma típica de ordem pública¹⁸.

Dessa forma, a autonomia privada coletiva possibilita aos trabalhadores e empregadores o direito à negociação coletiva através de entidades sindicais, na busca de harmonizar seus interesses, sem a necessidade de intervenção estatal, que, por vezes, pode não atender às peculiaridades das relações trabalhistas. As entidades sindicais têm plena liberdade para editar normas que complementam as estabelecidas por lei e são aplicáveis às categorias envolvidas.

Sérgio Pinto Martins, ao discorrer sobre o tema, aponta dois aspectos desse princípio: o objetivo e o subjetivo. O ponto de vista subjetivo seria a coletividade de pessoas que defendem um interesse em comum, enquanto que o aspecto objetivo é o próprio ordenamento sindical, diferenciado em relação a outras entidades de fato¹⁹.

Raimundo Simão Melo apresenta a seguinte explanação quanto ao princípio mencionado:

“Autonomia privada coletiva das partes é o efeito da negociação concernente no reconhecimento, por parte do Estado, da prevalência da norma coletiva, fruto da negociação sobre as normas estatais, porque se parte do princípio de que as normas resultantes da negociação coletiva são mais democráticas e têm mais condições de atender especificamente os reclames de seus destinatários, uma vez que elaboradas por eles próprios.”²⁰

Mauricio Godinho Delgado denomina a autonomia coletiva como princípio da criatividade jurídica da negociação coletiva. Segundo o entendimento do autor, o princípio é a própria justificativa da existência do Direito do Tra-

18 TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005. v. II. p. 1.189/1.191.

19 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 768.

20 MELO, Raimundo Simão de. Os limites da negociação coletiva para o sistema jurídico brasileiro. *Revista Consultor Jurídico*. 22 jan. 2016.

balho Coletivo e possibilita, através dos processos de negociação coletiva e seus instrumentos, a criação de normas jurídicas em harmonia com as normas criadas pelo Estado, desenvolvendo, assim, o princípio democrático da descentralização política²¹.

A autonomia dos entes sindicais, embora ampla, não é irrestrita, pois o Estado impõe a observação de conteúdo mínimo obrigatório de direitos, considerados indisponíveis. Não se admite a autonomia coletiva quando esta infligir norma de ordem pública e de ordem geral, como ocorre em relação a algumas matérias que visam, por exemplo, resguardar a saúde e a integridade física do trabalhador no ambiente laboral.

Assim sendo, pelo princípio da autonomia coletiva, confere-se aos sujeitos da relação de trabalho a possibilidade de compor seus interesses através de acordo de vontades apto a reger a relação de trabalho existente, independentemente de intervenção estatal. Contudo, essa autonomia encontra limites no próprio Estado que, para proteger os representados, impõe a observância daqueles direitos considerados indisponíveis, cabendo a ele reconhecer a nulidade do resultado de qualquer negociação desencadeada sem a manifestação desse conteúdo mínimo democrático²².

Ainda no que tange ao conteúdo das negociações coletivas e sua conformidade com o ordenamento jurídico, o princípio da adequação setorial negociada trata das possibilidades e limites da negociação coletiva, estabelecendo critérios de harmonização entre as normas advindas de negociação coletiva e as normas jurídicas provenientes do Estado.

Esse princípio decorre do limite expresso pelo constituinte originário no *caput* do art. 7º da Constituição, segundo o qual o rol de direitos elencados em seu texto é, na verdade, um patamar mínimo que pode ser ampliado, mas não reduzido ou suprimido pelas vias negocial e legislativa.

A partir desse princípio, fundamentado no reconhecimento do fortalecimento do poder sindical, os instrumentos coletivos de negociação, construídos de forma autônoma, para tutelar direitos de certa categoria profissional, prevalecem sobre as normas jurídicas, de origem heterônoma, sem descuidar da preservação do patamar mínimo civilizatório obreiro, conforme edificado no ápice do ordenamento jurídico brasileiro.

21 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 1.043-1.044.

22 MELO, Raimundo Simão de. Os limites da negociação coletiva para o sistema jurídico brasileiro. *Revista Consultor Jurídico*. 22 jan. 2016.

Segundo Mauricio Godinho Delgado, o patamar civilizatório mínimo possui a seguinte formação:

“No caso brasileiro, esse patamar civilizatório mínimo está dado, essencialmente, por três grupos convergentes de normas trabalhistas heterônomas: as normas constitucionais em geral (respeitadas, é claro, as ressalvas parciais expressamente feitas pela própria Constituição: art. 7º, VI, XIII e XIV, por exemplo); as normas de tratados e convenções internacionais vigentes no plano interno brasileiro (referidas pelo art. 5º, § 2º, da CF/88, já expressando um patamar civilizatório no próprio mundo ocidental em que se integra o Brasil); as normas legais infra-constitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora (preceitos relativos à saúde e segurança no trabalho, normas concernentes a bases salariais mínimas, normas de identificação profissional, dispositivos antidiscriminatórios, etc.).”²³

Analisado o conjunto normativo basilar do princípio ora em estudo, nota-se que as normas autônomas, construídas para incidirem sobre certa categoria profissional ou econômica, podem prevalecer sobre o padrão geral heterônimo, desde que respeitados critérios objetivamente fixados, sendo eles:

“a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta).”²⁴

Com relação ao primeiro critério, há a promoção de parâmetro superior à produção normativa estatal, sendo compatível com o princípio da proteção. O segundo, por sua vez, diferencia direitos entre parcelas de caráter absoluta e relativamente disponíveis, conferindo validade às normas autônomas quando transacionados somente aqueles direitos de conteúdo relativamente disponíveis.

Outro princípio que faz necessária a análise face às alterações legislativas apresentadas com a Lei nº 13.467/2017 é o da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

Sua previsão é extraída da leitura conjulgada do disposto no § 3º do art. 8º e no § 1º do art. 661-A da nova CLT, segundo o qual no exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico

23 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 1.389.

24 DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Mauricio Godinho. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017. p. 257.

respeitado o disposto no art. 104 de Código Civil e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

Segundo interpretação realizada por Mahin, o propósito da alteração legislativa é evidente: restringir ao máximo o exercício do controle de legalidade e de constitucionalidade de convenções coletivas e acordos coletivos pela Justiça do Trabalho. Nas palavras do autor:

“Conjugado com o disposto no *caput* do art. 611-A da ‘nova’ CLT, segundo o qual ‘A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei’, o ‘princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva’ parece franquear ao poder econômico ampla margem de ‘negociação’ para reduzir ou suprimir direitos dos trabalhadores, sem o risco de ver-se submetido ao crivo do Poder Judiciário.

E, neste ponto, o princípio concebido pelos legisladores que ‘reformaram’ a CLT vai de encontro a direito fundamental de todo trabalhador e trabalhadora brasileira ou estrangeira residente no país, no sentido de que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’.”²⁵

Nota-se que o novel princípio apresentado pela Lei Federal nº 13.467/2017 trouxe notória discussão jurídica por carregar limitação ao princípio do acesso à justiça, o que será melhor explanado quando da análise pontual dos dispositivos legais advindos com a Reforma Trabalhista, referentes à celeuma objeto do presente estudo.

4 – Das alterações legislativas advindas com a Lei nº 13.467/2017

A Lei nº 13.467/2017, popularmente nomeada Reforma Trabalhista, trouxe alterações legislativas relevantes no que tange à negociação coletiva, seja quanto aos institutos de direito material, que poderão ser objeto de cláusulas jurídicas nos instrumentos de negociação, bem como ao condicionamento da atuação dos órgãos do Poder Judiciário quando provocados a investigar seu conteúdo.

Inicialmente, será analisado o art. 611-A da CLT, incluído pela Lei Federal nº 13.467/2017, que apresenta extenso rol exemplificativo de matérias como se observa pela expressão “entre outros” constante no *caput* do dispositivo, que podem ser objetivo de normatização pela negociação coletiva trabalhista, prevalecendo sobre a lei:

25 MAHIN, Pedro. Com reforma da CLT, vontade coletiva continua submetida à Constituição. *Revista Consultor Jurídico*. 27 jul. 2017.

DOCTRINA

“Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

I – pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais

II – banco de horas anual;

III – intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

IV – adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015;

V – plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;

VI – regulamento empresarial;

VII – representante dos trabalhadores no local de trabalho;

VIII – teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX – remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

X – modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI – troca do dia de feriado;

XII – enquadramento do grau de insalubridade;

XIII – prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;

XIV – prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;

XV – participação nos lucros ou resultados da empresa.”

Necessário se faz acrescentar ao rol de permissões acima apresentadas, a regra significativamente flexibilizadora contida no parágrafo único do novo art. 611-B da CLT, que apresenta mais uma permissão para os instrumentos coletivos negociados, *in verbis*:

“Art. 611-B. (...)

Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.” (Incluído pela Lei nº 13.467, de 13/07/2017).”

Num primeiro momento, principalmente pela concepção de prevalência do negociado sobre o legislado, entende-se que a Lei nº 13.467/2017 passou a autorizar a supressão ou atenuação, pela negociação coletiva, de regras imperativas estatais incidentes sobre o contrato de trabalho em todas as suas variáveis, ainda que considerado preceito menos favorável, em contraponto ao disposto no art. 7º, *caput*, da Constituição Federal.

Notadamente, embora a flexibilização trabalhista pela via negociada seja um dos objetivos da Lei nº 13.467/2017, a produção de normas autônomas não pode ser realizada de forma a inviabilizar a materialização do potencial civilizatório da negociação coletiva como veículo de aperfeiçoamento das condições de vida e de trabalho das pessoas humanas e como mecanismo de elevação das condições de pactuação da força de trabalho²⁶.

Interessante apontamento realizado por Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado quanto à expressão da prevalência do negociado sobre o legislado, conforme descrito no *caput* do art. 611-A:

“Registre-se, de toda maneira, que o texto do *caput* do art. 611-A da CLT menciona a prevalência do negociado sobre a lei, sem atingir, é claro, temas, direitos e regulamentações que tenham assento em norma jurídica superior à lei ordinária. Desta forma, o negociado não subverte e/ou desrespeita, de modo algum, regras e direitos afirmados que por normas de matriz constitucional (salvo as exceções insertas no art. 7º, VI e XIII, da Constituição, quer por normas internacionais de direitos humanos – estas, ostentando *status* supralegal, conforme já amplamente acentuado neste livro –, quer até mesmo por regras e direitos afirmados por lei complementar.”²⁷

Portanto, embora o art. 611-A da CLT apresente rol de matérias que podem ser objeto de negociação coletiva, alargando o elenco de parcelas de indisponibilidade relativa, a norma autônoma produzida deverá observar patamar mínimo civilizatório presente no ordenamento jurídico quanto aos direitos e garantias direcionados ao trabalhador, seja em âmbito constitucional, tratados internacionais ratificados que acabam por ostentar *status* jurídico de norma supralegal, bem como a legislação federal trabalhista, em respeito ao princípio da adequação setorial negociada.

26 DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Mauricio Godinho. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017. p. 255.

27 DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Mauricio Godinho. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017. p. 256.

DOCTRINA

Conveniente identificarmos alguns dispositivos que foram considerados inconstitucionais, como os incisos XII e XIII, que permitem a negociação quanto ao enquadramento do grau de insalubridade, que corresponde a critério técnico, dependente, portanto, de investigação especializada, e a prorrogação de jornada insalubre sem a necessidade de autorização do Ministério do Trabalho, respectivamente. Por serem de normas de saúde e de segurança dos trabalhadores, tais dispositivos estão inseridos na categoria de direitos de indisponibilidade absoluta, não podendo, portanto, ser negociados de modo a agravar as condições dos trabalhadores.

Segue considerações realizadas por Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado sobre os referidos incisos:

“Ora, a definição e o enquadramento da insalubridade dependem de avaliação técnica especializada, aferida por perícia ambiental, realizada por profissional de nível universitário, devidamente habilitado em curso de saúde e segurança do trabalho (art. 195 da CLT). O enquadramento da insalubridade (e de seus níveis de nocividade) não é uma escolha intuitiva ou pactuada, que possa ficar ao alcance da negociação coletiva de trabalho. A regência normativa da insalubridade e da periculosidade é concretizada por regras imperativas estatais, de indisponibilidade absoluta, que se encontram explicitamente encouraçadas pela Constituição da República (art. 7º, XXII, da CF: ‘XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança’). O mesmo raciocínio aplica-se ao art. 611-A, inciso XIII. Não cabe aos instrumentos coletivos pactuados definir pela prorrogação da jornada de trabalho em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho. Saúde e segurança no trabalho são direitos individuais e sociais fundamentais de natureza indisponível (art. 72, XXII, da CF). Não há margem para o rebaixamento da proteção à saúde, ainda que coletivamente negociado, até mesmo porque, conforme já dito, trata-se de tema respaldado em base técnica-científica, por envolver riscos evidentes à preservação da saúde humana.”²⁸

Ainda no que tange a inconstitucionalidade dos incisos XII e XIII do art. 611-A da CLT, a Anamatra – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça

28 DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Mauricio Godinho. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017. p. 256.

do Trabalho aprovou os seguintes enunciados em sua 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, realizado na cidade de Brasília/DF²⁹.

“30 – NEGOCIAÇÃO COLETIVA: LICITUDE E ASPECTOS FORMAIS.

DIREITOS TRABALHISTAS GARANTIDOS POR NORMAS DE ORDEM PÚBLICA, RELATIVOS A MEDIDAS DE HIGIENE, SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO, SÃO INFENSOS À REDUÇÃO OU SUPRESSÃO MEDIANTE NEGOCIAÇÃO COLETIVA, CONSOANTE A INTERPRETAÇÃO CONJUNTA DOS INCISOS XXII E XXVI DO ART. 7º DA CONSTITUIÇÃO. É, PORTANTO, INCONSTITUCIONAL A PREVISÃO DO ART. 611-A, III E XII, DA CLT (COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 13.467/2017).”

“32 – NEGOCIADO SOBRE LEGISLADO: GRAUS DE INSALUBRIDADE. INSTITUCIONALIDADES, INCONVENCIONALIDADES, RETROCESSO SOCIAL.

AS DISPOSIÇÕES DOS INCISOS XII E XIII DO ART. 611-A DA CLT (POSSIBILIDADE DE ENQUADRAMENTO DE TRABALHADORES EM GRAUS DE INSALUBRIDADE E DE PRORROGAÇÃO DE JORNADA EM AMBIENTES INSALUBRES POR MEIO DE ACORDO OU CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO) PERFAZEM RETROCESSO SOCIAL, COM PREJUÍZOS À VIDA DIGNA E À SAÚDE DO TRABALHADOR, SENDO INCOMPATÍVEIS COM OS ARTIGOS 3º, I E IV, 5º, XXIII, 6º, 7º, XXII, 170, III, 196 E 225 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, COM O ART. 11, A, DA CONVENÇÃO 155 DA OIT, COM O ART. 611-B, XVII, DA CLT, E, NO CAMPO PROCESSUAL/DECISÓRIO, COM OS ARTIGOS 1º, 8º E 489, § 2º, DO CPC.”

Importante informar que, mesmo não possuindo caráter vinculante entre os órgãos da Justiça do Trabalho, os enunciados retratam a postura dos magistrados dessa justiça especializada quanto às alterações advindas com a Lei nº 13.467/2017 e o possível norteamto das decisões de mérito a serem proferidas sobre o assunto.

Portanto, rol elencado no art. 611-A deve ser analisado com cautela: num primeiro momento, nota-se que os novos incisos não estão abarcados pelas três

29 ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. *2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. Reforma Trabalhista – Lei nº 13.467/17. Brasília.*

hipóteses autorizadoras das negociações coletivas no âmbito da disponibilidade relativa de direitos³⁰.

Todavia, operando-se uma interpretação segundo a lógica da progressividade nas negociações coletivas, em que as convenções e acordos coletivos são dirigidos à elevação do patamar mínimo civilizatório, apresentam-se como coerentes com o texto constitucional as inovações legislativas empreendidas³¹.

Quanto à necessidade de respeito ao patamar civilizatório mínimo pela negociação coletiva, segue enunciado do Anamatra:

“44 – NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO E PATAMAR CIVILIZATÓRIO MÍNIMO.

É NULA CLÁUSULA NORMATIVA, POR QUEBRA DAS CARACTERÍSTICAS FUNDANTES DO DIREITO DO TRABALHO COMO RAMO JURÍDICO ESPECIALIZADO, QUANDO IMPORTAR VIOLAÇÃO AO PATAMAR CIVILIZATÓRIO MÍNIMO (ARTIGOS 9º, 444, 468 E 611-A DA CLT).”³²

Deste modo, não há de se negar que, com a edição do art. 611-A da Lei nº 13.467/2017, houve a possibilidade de flexibilização de direitos trabalhistas pela via negociada, podendo ser considerado preceito menos favorável, em contraponto ao disposto no art. 7º, *caput*, da Constituição Federal, todavia, para se evitar a supressão de direitos e garantias basilares previstos em normas heterônomas, o primeiro parâmetro que deve guiar a exegeta é a interpretação conforme a Constituição, a fim de promover a necessária filtragem constitucional, afastando eventuais antinomias do sistema de normas³³.

-
- 30 São reputadas parcelas de disponibilidade relativa e, portanto, transacionáveis, somente três incisos expressamente previstos no art. 7º da Constituição da República Federativa do Brasil: VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; XIV – jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva. (DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Mauricio Godinho. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017. p. 249)
- 31 VIDAL, Victor Luna. A reforma trabalhista e o princípio da adequação setorial negociada. *Alethes*, v. 08, n. 14, p. 341-362, set./dez. 2017, p. 349.
- 32 ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. *2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho*. Reforma Trabalhista – Lei nº 13.467/17. Brasília.
- 33 SILVA, Paulo Renato Fernandes da; SILVA, Alba Valéria Gudes Fernandes. Aspectos interpretativos iniciais da reforma trabalhista e o princípio da intervenção mínima. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 10ª Região*, Brasília, v. 21, n. 2, p. 107, 2017.

DOCTRINA

Dentro dos artigos incluídos a CLT pela Lei da Reforma Trabalhista, encontra-se o art. 611-B, o qual elenca algumas limitações à negociação coletiva trabalhista, sob pena de nulidade.

“Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:

I – normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social;

II – seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 13/07/2017)

III – valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço;

IV – salário mínimo;

V – valor nominal do décimo terceiro salário;

VI – remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

VII – proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

VIII – salário-família;

IX – repouso semanal remunerado;

X – remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal;

XI – número de dias de férias devidas ao empregado;

XII – gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

XIII – licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias;

XIV – licença-paternidade nos termos fixados em lei;

XV – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XVI – aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

XVII – normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;

DOCTRINA

XVIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas;

XIX – aposentadoria;

XX – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador;

XXI – ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;

XXII – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência;

XXIII – proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

XXIV – medidas de proteção legal de crianças e adolescentes;

XXV – igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso;

XXVI – liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho;

XXVII – direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender;

XXVIII – definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve;

XXIX – tributos e outros créditos de terceiros;

XXX – as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.”

O art. 611-B, em seus incisos I a XXX, projeta o princípio da adequação setorial negociada ao estabelecer limites jurídicos objetivos à criatividade jurídica da negociação coletiva trabalhista, proibindo a supressão ou a redução dos direitos trabalhistas de indisponibilidade absoluta ali elencados.

Nas palavras de Godinho Delgado, os direitos de indisponibilidade absoluta são imantados por uma tutela de interesse público, por constituírem um patamar civilizatório mínimo que a sociedade democrática não concebe

ver reduzido em qualquer segmento econômico profissional, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana, a valorização mínima deferível ao trabalho³⁴.

Com efeito, a aparente classificação de direitos sociais disponíveis e indisponíveis, por meio dos arts. 611-A e 611-B, colidem com a classificação estabelecida pela Constituição, que prevê apenas três restritas hipóteses de disponibilidade relativa dos direitos fundamentais trabalhistas, sendo os três incisos expressamente previstos no art. 7º da Constituição da República Federativa do Brasil: “VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; (...) XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; XIV – jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva”³⁵.

Segundo apontamentos realizados por Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, teve o legislador infraconstitucional a intenção de apresentar no art. 611-B rol *numerus clausus*, o que não pode preponderar, ainda que o *caput* do artigo disponha a palavra “exclusivamente”, parecendo à lei significar que outros temas e assuntos não poderão compor, de forma alguma, o elenco de objetos ilícitos de CCTs e ACTs, o que não pode se considerar, visto que outros temas encontram-se excluídos da hipótese de negociação coletiva trabalhista, por força de conjunto geral da ordem jurídica brasileira, ou por preceitos normativos específicos³⁶.

A Reforma Trabalhista também procurou restringir a atuação do Poder Judiciário no tocante ao controle de constitucionalidade, de convencionalidade e de legalidade das cláusulas inseridas nos instrumentos de negociação coletiva.

Tal alteração legislativa é observada § 3º do art. 8º da CLT, que deve ser lido em conjunção com a regra insculpida no § 1º do art. 611-A da CLT, *in verbis*:

“Art. 8º (...)

§ 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no

34 DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 83.

35 VIDAL, Victor Luna. A reforma trabalhista e o princípio da adequação setorial negociada. *Alethes*, v. 08, n. 14, p. 341-362, set./dez. 2017, p. 356.

36 DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Mauricio Godinho. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017. p. 266-267.

DOCTRINA

art. 104 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

(...)

Art. 611- A (...)

§ 1º No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do art. 8º desta Consolidação. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 13/07/2017)”

Os artigos destacados se reportam às limitações interpretativas e investigadoras, pela Justiça do Trabalho, dos instrumentos de negociação coletiva que forem levados ao seu conhecimento.

Conforme se extrai a partir da leitura do art. 611-A, § 1º, da CLT, o exame de ACT ou CCT pela Justiça do trabalho irá limitar-se à observância do disposto no § 3º do art. 8º da CLT, cuja redação dispõe que “no exame das Convenções Coletivas de Trabalho e nos Acordos Coletivos de Trabalho, o Poder Judiciário trabalhista analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, conforme regulação do Código Civil brasileiro (art. 104 CCB) balizando a sua atuação ‘pelo princípio da intervenção mínima autonomia da vontade coletiva’”.

Por sua vez, o art. 104 do Código Civil brasileiro dispõe que a validade do negócio jurídico requer: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, forma prescrita ou não defesa em lei.

A alteração advinda significa dizer que o legislador buscou prestigiar a negociação direta entre empregados e empregadores, limitando a avaliação do Juízo Trabalhista quanto ao conteúdo do instrumento normativo, devendo considerar apenas a legitimidade das partes, o objeto e a forma adotada, restringindo ao máximo o exercício do controle de legalidade e de constitucionalidade de convenções coletivas e acordos coletivos.

Com efeito, configura dever constitucional dos magistrados e desembargadores a apreciação do mérito de quaisquer demandas que lhes sejam submetidas, tendo em vista o princípio da inafastabilidade da jurisdição e a competência do Judiciário Trabalhista para a investigação e o julgamento de conflitos entre os sindicatos obreiro e patronal e entre empregados e empregadores, conforme, respectivamente, os arts. 5º, inciso XXXV, e 114, inciso III, da Constituição Federal, não possuindo as alterações legislativas força para abalar os sólidos fundamentos supralegais.

Assim, o princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva, ao esbarrar no limite da amplitude do acesso à Justiça, previsto na Constituição da República, não poderia se sobrepor a um direito fundamental estabelecido constitucionalmente. De outro modo, deveria seguir a sua orientação.

Ademais, por tratar-se de garantia fundamental, possuindo caráter de cláusula pétrea, os contornos traçados pelo Texto Constitucional quanto ao acesso à Justiça não admitem restrições, não podendo a lei autoexcluir-se da apreciação do Poder Judiciário quanto à verificação de sua constitucionalidade.

Logo, a interpretação que deve orientar o § 3º do art. 8º da CLT é no sentido de que a Justiça do Trabalho, ao examinar o conteúdo nas cláusulas constantes nos instrumentos coletivos, deve assimilar seu papel em complementar as normas jurídicas estatais, respeitando de maneira geral o que ali disposto, restringindo sua atuação à verificação os elementos de validade do negócio jurídico. Todavia, o reconhecimento das normas autônomas não deve significar desprezo quanto ao patamar mínimo de direitos e garantias existentes no ordenamento pátrio, que devem ser observadas nas relações laborais.

Neste sentido, elucidam Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado:

“Neste quadro, a interpretação racional, lógica, sistemática e teleológica do novo § 3º do art. 8º da CLT é no sentido de que a Justiça do Trabalho, ao examinar os preceitos constantes dos diplomas coletivos negociados (convenções coletivas e/ou acordos coletivos do trabalho), deve compreender o papel regulador complementar à ordem jurídica heterônoma estatal que é cumprido pela negociação coletiva trabalhista, respeitando, de maneira geral, os seus dispositivos celebrados. Entretanto esse respeito aos dispositivos celebrados pela negociação coletiva trabalhista não significa sufragar agressão frontal, por tais dispositivos – se houver – ao patamar civilizatório mínimo ficando pela Constituição da República, e pelas normas internacionais imperativas sobre direitos humanos econômicos sociais e culturas, inclusive trabalhistas.”³⁷

Lembremos que o art. 611-A da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei nº 13.467/2017, dispõe sobre a prevalência do negociado sobre o legislado nos temas que expressamente elenca, assim como o art. 611-B dispõe sobre os temas que não podem ser objeto de livre negociação. Não obstante, tal fato por si só não desobriga a análise, em cada caso concreto, da

37 DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Mauricio Godinho. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017. p. 278-279.

possibilidade da prevalência do negociado sobre as garantias legais e constitucionais na conformidade dos princípios que fundamentam as relações laborais³⁸.

Ademais, o fato de que o exame das convenções coletivas e dos acordos coletivos de trabalho deve restringir-se à conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, os próprios termos existentes no § 3º do art. 8º da CLT, requerendo a existência de objeto lícito para validade do negócio jurídico, por si só, permitem que a Justiça do Trabalho prossiga exercendo o controle de legalidade e de constitucionalidade das convenções coletivas e dos acordos coletivos de trabalho³⁹.

Sobre a atuação do Poder Judiciário quanto à apreciação das cláusulas integrantes dos instrumentos normativos coletivos, a Anamatra entendeu pela inconstitucionalidade no § 3º do art. 8 e art. 611-A, § 1º da CLT por restringir da apreciação da Justiça do Trabalho o conteúdo dos acordos e convenções coletivas, inclusive quanto a sua constitucionalidade, conveniência, legalidade e conformidade com a ordem pública social. *In verbis*:

“2 – INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA LEI Nº 13.467/2017

OS JUÍZES DO TRABALHO, À MANEIRA DE TODOS OS DE-
MAIS MAGISTRADOS, EM TODOS OS RAMOS DO JUDICIÁRIO,
DEVEM CUMPRIR E FAZER CUMPRIR A CONSTITUIÇÃO E AS
LEIS, O QUE IMPORTA NO EXERCÍCIO DO CONTROLE DIFUSO
DE CONSTITUCIONALIDADE E NO CONTROLE DE CONVEN-
CIONALIDADE DAS LEIS, BEM COMO NO USO DE TODOS OS
MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO/APLICAÇÃO DISPONÍVEIS.
NESSA MEDIDA: I – REPUTA-SE AUTORITÁRIA E ANTIRREPU-
BLICANA TODA AÇÃO POLÍTICA, MIDÍÁTICA, ADMINISTRATI-
VA OU CORREICIONAL QUE PRETENDER IMPUTAR AO JUIZ DO
TRABALHO O ‘DEVER’ DE INTERPRETAR A LEI Nº 13.467/2017
DE MODO EXCLUSIVAMENTE LITERAL/GRAMATICAL. II – A IN-
TERPRETAÇÃO JUDICIAL É ATIVIDADE QUE TEM POR ESCOPO
O DESVELAMENTO DO SENTIDO E DO ALCANCE DA LEI TRA-
BALHISTA. É FUNÇÃO PRIMORDIAL DO PODER JUDICIÁRIO
TRABALHISTA JULGAR AS RELAÇÕES DE TRABALHO E DIZER
O DIREITO NO CASO CONCRETO, OBSERVANDO O OBJETIVO
DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE CONSTRUIR UMA

38 MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Limites à análise da negociação coletiva conforme a reforma trabalhista. *Revista Consultor Jurídico*. 6 out. 2017.

39 MAHIN, Pedro. Com reforma da CLT, vontade coletiva continua submetida à Constituição. *Revista Consultor Jurídico*. 27 jul. 2017.

SOCIEDADE MAIS JUSTA E IGUALITÁRIA. EXEGESE DOS ARTS. 1º, 2º, 3º, 5º, INCISO XXXV, 60 E 93, IX E 114 DA CRFB. III – INCONSTITUCIONALIDADE DOS §§ 2º E 3º DO ART. 8º DA CLT E DO ART. 611-A, § 1º, DA CLT. SERÁ INCONSTITUCIONAL QUALQUER NORMA QUE COLIME RESTRINGIR A FUNÇÃO JUDICIAL DE INTERPRETAÇÃO DA LEI OU IMUNIZAR O CONTEÚDO DOS ACORDOS E CONVENÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO DA APRECIÇÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO, INCLUSIVE QUANTO À SUA CONSTITUCIONALIDADE, CONVENCIONALIDADE, LEGALIDADE E CONFORMIDADE COM A ORDEM PÚBLICA SOCIAL. NÃO SE ADMITE QUALQUER INTERPRETAÇÃO QUE POSSA ELIDIR A GARANTIA DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO, ADEMAIS, POR OFENSA AO DISPOSTO NO ART. 114, I, DA CF/88 E POR INCOMPATIBILIDADE COM OS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, DO ACESSO À JUSTIÇA E DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL.⁴⁰

Assim, o princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva pouco ou nada diz de relevante quanto à atuação do Judiciário Trabalhista frente a acordos coletivos e convenções coletivas de trabalho. Se o instrumento coletivo estiver de acordo com a lei, não haverá razão para a intervenção da Justiça do Trabalho; por outro lado, se estiver em desacordo, o Poder Judiciário não poderá deixar de apreciar lesão ou ameaça a direito⁴¹.

5 – Considerações finais

A Constituição Federal de 1988 buscou implantar no país o Estado Democrático de Direito, reconhecendo em seu art. 8º a negociação coletiva como meio legítimo de resolução de conflitos trabalhistas coletivos. Entretanto, não se faz possível a concepção de negociação coletiva trabalhista como mecanismo de precarização e rebaixamento do valor do trabalho e condições de vida dos empregados e demais trabalhadores sob sua influência normativa.

Dessa forma, os instrumentos normativos, por serem legítimas fontes de normatização autônoma, devem observar princípios norteadores buscando a harmonia com o ordenamento jurídico pátrio. O princípio da autonomia privada coletiva possibilita aos trabalhadores e empregadores o direito a negociação

40 ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. *2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho*. Reforma Trabalhista – Lei nº 13.467/17. Brasília.

41 MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Limites à análise da negociação coletiva conforme a reforma trabalhista. *Revista Consultor Jurídico*. 6 out. 2017.

coletiva através de entidades sindicais, na busca de harmonizar seus interesses, sem a necessidade de intervenção estatal que por vezes não consegue atender às peculiaridades das relações trabalhistas. Todavia, embora ampla e constitucionalmente reconhecida, a autonomia dos entes sindicais não é irrestrita, pois o Estado impõe a observação de conteúdo mínimo obrigatório de direitos e garantias, considerados indisponíveis. Desta forma, não se admite a autonomia coletiva quando esta infringir norma de ordem pública e de ordem geral.

Os critérios de harmonização das normas autônomas e heterônomas e os limites de criação das primeiras são ditados através do princípio da adequação setorial negociada, o qual reconhece o fortalecimento do poder sindical e dos instrumentos coletivos de negociação para tutelar direitos de certa categoria que prevalecem sobre as normas jurídicas, sem descuidar da preservação do patamar mínimo civilizatório obreiro, edificado no ápice do ordenamento jurídico brasileiro.

Desta forma, inobstante as alterações à negociação coletiva advindas com a Lei nº 13.467/2017, através dos arts. 611-A e 611-B e do § 3º do art. 8º da CLT, que ostentam rol de matérias que podem ou não ser objetivo de negociação coletiva, trazendo a esses instrumentos maior autonomia e amplitude, acabam por apresentar regras de delimitação quanto à investigação pelo Poder Judiciário ao conteúdo das cláusulas estipuladas, devendo sua interpretação ser pautada no regramento constitucional, buscando a coerência e integração com todo o ordenamento jurídico.

Logo, apesar de a negociação coletiva ostentar amplos e reconhecidos poderes de normatização, não se pode desconsiderar os princípios humanísticos e sociais da própria Constituição Federal, ou de, inusitadamente, rebaixar ou negligenciar o patamar de direitos individuais e sociais fundamentais dos direitos trabalhistas que sejam imperativamente fixados pela ordem jurídica do país, por tratar-se de questões de ordem pública.

Assim, o princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva, apresentado pela Lei nº 13.467/2017, apesar da sua intenção de limitar a atuação do Judiciário Trabalhista frente a acordos coletivos e convenções coletivas de trabalho, não trouxe alterações relevantes, visto que, em reverência ao princípio da inafastabilidade de jurisdição e da adequação setorial negociada, se o instrumento coletivo estiver de acordo com a lei, não haverá razão para a intervenção da Justiça do Trabalho; por outro lado, se estiver em desacordo, o Poder Judiciário não poderá deixar de apreciar lesão ou ameaça a direito.

Referências bibliográficas

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. *2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho*. Reforma Trabalhista – Lei nº 13.467/17. Brasília. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho: Decreto Lei nº 5.452/1943, de 9 de agosto de 1943. *Diário Oficial da União*. Brasília. 9 ago. 1943.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*. Brasília. 5 out 1988.

_____. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília. *Diário Oficial da União*, 14 jul. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 13 jun. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Almedina, 2003.

DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Mauricio Godinho. *A reforma trabalhista no Brasil*: com os comentários à Lei nº 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Princípio da efetividade. In: *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MAHIN, Pedro. Com reforma da CLT, vontade coletiva continua submetida à Constituição. *Revista Consultor Jurídico*, 27 jul. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-27/opiniao-reforma-clt-vontade-coletiva-continua-submetida-constituicao>>. Acesso em: 16 ago. 2018.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Limites à análise da negociação coletiva conforme a reforma trabalhista. *Revista Consultor Jurídico*. 6 out. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-06/reflexoes-trabalhistas-limites-analise-negociacao-coletiva-conforme-reforma-trabalhista>>.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005. v. II.

Recebido em: 23/03/2019

Aprovado em: 24/04/2019

A REFORMA TRABALHISTA E A MITIGAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA

LABOR REFORM AND MITIGATION OF FUNDAMENTAL RIGHT TO FREE LEGAL ASSISTANCE

Denisson Gonçalves Chaves*

Luiz Alberto Holanda Carvalho**

RESUMO: O presente trabalho científico versa sobre a Reforma Trabalhista e a mitigação do princípio constitucional da assistência jurídica integral e gratuita prevista no art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal de 1988. Através de pesquisa bibliográfica da doutrina do Direito, jurisprudência e *sites* informativos, objetiva-se analisar a constitucionalidade, assim como a adequação ao ordenamento jurídico pátrio, as alterações realizadas pela Lei nº 13.467/2017 nos dispositivos da Consolidação das Leis do trabalho, que tratam especificamente sobre o instituto da justiça gratuita; verificar as justificativas do legislador infraconstitucional ao limitar o acesso à justiça laboral, bem como os impactos causados por essas alterações ao trabalhador hipossuficiente, ao Direito Processual do Trabalho e à Justiça do Trabalho. Nota-se que, de fato, para a maioria da doutrina e jurisprudência, as limitações operadas pela Reforma Trabalhista quanto ao instituto da justiça gratuita são inconstitucionais, por irem de encontro aos princípios e valores sociais que a Constituição Federal de 1988 impõe.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma Trabalhista. Assistência Jurídica Integral e Gratuita. Justiça do Trabalho. Constitucionalidade. Trabalhador Hipossuficiente.

ABSTRACT: *The present scientific work deals with the labor reform and the mitigation of the constitutional principle of integral and gratuitous assistance due to the law in article 5, item LXXIV, of the Brazilian Federal Constitution of 1988. Through a bibliographical research of the doctrine of the law, jurisprudence, and informative sites, the objective is to analyze the constitutionality, as well as the adequacy to the legal order of the country, the changes made by Law no. 13.467/2017 in the provisions of the "Consolidation of Labor Laws", which deal specifically with the Free Justice Institute; to verify the justifications of the infraconstitutional legislator by limiting access to Labor Justice, as well as the impacts caused by these changes to the necessitous worker, the procedural labor law and the Labor Court. In fact, for most doctrine and jurisprudence, the limitations imposed by the labor reform on the institute of gratuitous justice are unconstitutional because they go against the principles and social values imposed by the Brazilian Federal Constitution of 1988.*

KEYWORDS: *Labor Reform. Integral Legal Assistance and Gratuitous. Labor Court. Constitutionality. Necessitous Worker.*

* *Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (UFMA); bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão; professor na Universidade Federal do Maranhão; professor na Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão (UNISULMA); professor na Faculdade de Imperatriz – FACIMP WYDEN; pesquisador no Grupo de Pesquisa Cultura, Direito e Sociedade; coordenador do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz – Democracia e Direitos Fundamentais (NUPEJI).*

** *Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão.*

Introdução

O Direito do Trabalho passou por grandes transformações com a promulgação da Lei nº 13.467/2017, mais conhecida como Reforma Trabalhista, que entrou em vigor em 13 de novembro de 2017. Tal reforma buscou atualizar a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), criada através do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, ainda no Estado Novo pelo então presidente Getúlio Vargas, e que, de fato, carecia de ser atualizada para melhor atender às transformações sociais que ocorreram no âmbito das relações trabalhistas com as revoluções tecnológicas e sociais no Brasil e no mundo.

A Reforma Trabalhista, no entanto, foi alvo de muitas críticas doutrinárias por diversos aspectos, e tem sido interpretada como portadora de prejuízos ao trabalhador no tocante aos seus direitos materiais e processuais. As alterações na CLT impactaram diretamente no número de demandas à Justiça do Trabalho, caindo em quase pela metade o número de ações, comparando-se o período antes e depois da reforma no período de um ano de vigência da lei.

Dentre as limitações impostas ao trabalhador para obtenção de seus direitos na via judicial, destaca-se a mitigação do instituto constitucional da justiça gratuita, previsto no art. 5º, LXXIV, da CF: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, que foi alterado sob a justificativa de diminuir o alto índice de demandas judiciais e os custos processuais aos cofres públicos. Tal remodelação feita pela reforma, todavia, trouxe prejuízos ao economicamente mais frágil na relação processual trabalhista: o trabalhador.

Vários dispositivos sofreram alteração, a começar do primeiro ato para obtenção da justiça gratuita, a Lei nº 13.467/2017, em seu art. 790, § 3º, passou a exigir comprovação de insuficiência econômica por parte do empregado – não sendo mais suficiente a entrega da declaração de hipossuficiência de próprio punho ou por seu advogado, como se adotava anteriormente à reforma.

O art. 790-B, *caput* e § 4º, que trata sobre a responsabilidade sobre os honorários periciais, que ocorrerá quando a pretensão ao que foi objeto da perícia não for reconhecida, recairá o ônus sobre o empregado, ainda que seja beneficiário da justiça gratuita, pois caso este possua crédito trabalhista reconhecido no mesmo processo ou em outro em que seja parte, o pagamento dos honorários será extraído deste montante.

O mesmo ocorre com os honorários advocatícios de sucumbência previstos no art. 791-A, *caput* e § 4º, o qual estatui que o beneficiário da justiça gratuita não sofrerá condenação em honorários, desde que não tenha obtido em juízo, mesmo em outra ação, créditos para suportar a despesa.

DOCTRINA

Outro dispositivo que minora o princípio da justiça gratuita é o art. 844, § 2º, que dispõe sobre a hipótese de condenação ao pagamento das custas processuais sobre o reclamante que, de forma injustificada, não comparecer à audiência, embora seja beneficiário da justiça gratuita.

Tem-se que as modificações na CLT possuem objetivo de dificultar o acesso do hipossuficiente ao Judiciário. Ora, sabe-se que o Direito do Trabalho possui o princípio da proteção, o qual prima por proteger a parte mais vulnerável (o empregado) na relação jurídica empregador x empregado. Todavia, é notório que o legislador, com ânimo de diminuir os índices de litigância, lançou-se de diversos meios para desestimular a lide, bem como terminou por enfraquecer o instituto ainda que este venha a ser utilizado caso o trabalhador ingresse com a ação, pois trouxe punições e grande flexibilização deste benefício que se encontra sob o alicerce constitucional fundamental.

Os dispositivos citados (com exceção do art. 790, § 3º) encontram-se sob Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) de nº 5.766, distribuída em 28.08.2017, no Supremo Tribunal Federal, na qual se questionou a materialidade constitucional dos dispositivos alterados pela reforma. E até o momento possui dois votos: o voto do relator do processo, Ministro Roberto Barroso, que julgou parcialmente procedente a ADI, sob o prisma de que os desincentivos de normas processuais devem ser utilizados em favor de desafogar os limites de litigiosidade. E o outro voto, do Ministro Edson Fachin, que votou integralmente procedente a referida ADI, entendendo como direito fundamental o acesso gratuito à Justiça do Trabalho, e que as restrições a tal princípio, sob a intenção de diminuir a litigiosidade e, por consequência, gerar economia aos cofres públicos, são inconstitucionais, pois, além de ferirem o princípio fundamental da justiça gratuita, entende o ministro que todos os demais direitos fundamentais do trabalhador serão fulminados. Esse tem sido o posicionamento da grande maioria da Doutrina Trabalhista.

Desde a Constituição Federal de 1934, portanto, anteriormente à CLT de 1943, o direito à justiça gratuita é considerado de âmbito constitucional. Com exceção da Carga Magna de 1937 (mais conhecida como Constituição Polaca por ter sido outorgada), todas as demais constituições sedimentaram este direito fundamental, inclusive, de forma literal e veemente, a atual Constituição Federal de 1988.

Assim, adotando-se o método dedutivo, partindo das teorias gerais para os fenômenos específicos e, baseando-se na construção normativa, doutrinária e jurisprudencial; buscou-se, a nível de aprofundamento, utilizar-se a pesquisa

exploratória com o intuito de analisar o problema em tais quesitos. A análise e o levantamento dos dados são realizados através de pesquisa bibliográfica e documental, por meio de livros, artigos científicos, ações judiciais, teses, legislação vigente e anterior de forma comparada, buscando sedimentar a fundamentação teórica para as devidas interpretações e conclusão.

Este estudo busca analisar se as modificações operadas pela Reforma Trabalhista quanto à mitigação do direito fundamental da justiça gratuita encontram égide constitucional, bem como no ordenamento jurídico pátrio; muito embora objetivem diminuir os litígios e trazer uma responsabilidade maior quanto ao uso do benefício em si para o trabalhador, resta claro que trouxe prejuízos ao trabalhador hipossuficiente.

1 – A Justiça gratuita no ordenamento jurídico brasileiro

A Constituição Federal de 1988, no inciso LXXIV do art. 5º, estatui que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Inserido no rol dos direitos fundamentais, o direito à justiça gratuita desde 1950, regulamentado pela Lei nº 1.060/1950, que até a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil de 2015, era a lei máxima a respeito do instituto, e ainda possui vários artigos em vigor, apesar do referido Código.

O referido princípio da justiça gratuita é amplo e desdobra-se no direito à assistência judiciária, à orientação jurídica extrajudicial e no direito à gratuidade da justiça¹.

Como se percebe, o direito à assistência jurídica integral e gratuita é amplo e se coaduna em três direitos distintos. Não poderia ocorrer o contrário, uma vez que o Estado veda a autotutela e busca fundamentalmente constituir uma sociedade justa, livre e solidária, através da redução das desigualdades e promoção do bem-estar de todos sem discriminação (art. 3º da CF).

1 Da distinção de Pontes de Miranda, tem-se a descrição de cada um dos conceitos separadamente: *a) o benefício da justiça gratuita*, que dispensa o adiantamento de despesas processuais, e que exige tramitação de processo judicial, requerimento da parte interessada e deferimento do juízo perante o qual o processo tramita; *b) assistência judiciária*, que é o direito de a parte ser assistida por um profissional do Direito, normalmente membro da Defensoria Pública, e que independe de deferimento do juízo ou de existência de processo judicial; e *c) assistência jurídica*, que é o conceito mais amplo, que abrange os dois anteriores, mas que vai além deles, integrando todas as iniciativas de Estado em sentido amplo, objetivando uma maior proximidade entre os serviços jurídicos e a sociedade, como, por exemplo, através de conscientização de direitos do consumidor e serviços jurídicos itinerantes prestados aos mais carentes.

Ademais, sabe-se que a Constituição Federal de 1988, considerada como a constituição cidadã, foi erguida sobre os pilares fundamentais da justiça social e dos direitos humanos. Assim, a Constituição equipara os cidadãos conforme suas desigualdades. E é justamente neste viés que surgem os princípios que regem o acesso à justiça, bem como o da gratuidade jurídica.

Os dois princípios constitucionais, tanto o acesso à Justiça, bem como o da assistência jurídica integral e gratuita, se coadunam, pois possuem em comum o mesmo intento: promover o amplo acesso à jurisdição, e estes encontram-se consagrados na Constituição de 1988, no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais e Capítulo I, Dos Direitos e Individuais e Coletivos, no art. 5º, respectivamente nos incisos XXXV e LXXIV.

O princípio do acesso à justiça, do inciso XXXV, art. 5º, da Constituição estatui:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXV – lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.”

Assim, tem-se o princípio do acesso à justiça ou da inafastabilidade da jurisdição, o qual pode ser entendido em sentido estrito (acesso ao Judiciário) e em um sentido amplo (acesso ao Direito).

Para Medeiros (2017), o acesso à justiça está diretamente relacionado com o conceito que se tem de justiça, em dado contexto histórico e jurídico. Medeiros, citando Annoni, (2017, p. 6), traz dois conceitos a respeito de justiça: o primeiro sendo “a justiça como fato” (legalidade), o qual fundamenta o Direito e sua eficácia; e o segundo sendo “justiça como valor”, que perfaz o viés de igualdade e equidade.

Assim, o acesso à justiça tem como principal função promover a igualdade material prevista pela constituição através do princípio da isonomia: “Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades” (NERY Jr., 1999, p. 42).

Nota-se que essa igualdade substancial promovida pelo acesso à justiça está intrinsecamente ligada à questão da efetividade dos direitos fundamentais,

e que este princípio se destaca entre os demais direitos fundamentais, tendo em vista que através do seu pleno exercício é que os demais direitos poderão vir a ser efetivados. Na esteira deste pensamento, bem coloca Medeiros (2017, p. 11):

“Verifica-se, portanto, que afora ser um direito fundamental, o direito de acesso à justiça tem o condão de garantir a efetividade dos demais direitos fundamentais e, em última análise, da própria dignidade da pessoa humana.”

O segundo princípio constitucional, garantidor do amplo acesso à jurisdição, encontra-se no inciso LXXIV, do art. 5º, o qual estabelece: “LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, sendo o princípio norteador deste trabalho.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de forma pioneira na história constitucional e legal brasileira, estendeu o teor do instituto da justiça gratuita: passando de assistência judiciária à assistência jurídica aos cidadãos hipossuficientes. Além dessa inovação, também modificou a adjetivação do instituto, tornando-o integral e gratuito. Assim, por duas vezes, o inciso LXXIV do art. 5º inova: pela substituição do termo “judiciária” por jurídica; e por acréscimo do adjetivo “integral”.

Essa extensão vai além da mera modificação linguística dos termos mencionados, e esse ponto é bem explicitado por Weis (2002, p. 5, *apud* MEDEIROS, 2017, p. 57):

“Há, portanto, uma evidente transmutação. Passa-se da ideia de assistência judiciária para o de acesso à justiça; de assistencialismo público para serviço público essencial; de extensão da advocacia privada aos financeiramente carentes à promoção dos direitos humanos; de mera promoção judicial de demandas privadas à identificação dos direitos fundamentais da população e de sua instrumentalização, eventualmente pela via judicial.”

Para Medeiros (2017), essa ampliação não foi acompanhada pelos operadores jurídicos que persistem em uma disposição em reduzir os efeitos da assistência jurídica, perdendo, assim, sua essência prevista no texto constitucional.

Ao determinar a obrigatoriedade do estado prestar a assistência jurídica integral e gratuita, o legislador constituinte teve a intenção de promover o acesso efetivo à justiça ao cidadão desprovido de condições financeiras. Assim, a Constituição de 1988 inovou em matéria de direito fundamental quando estabeleceu essa obrigatoriedade, inserindo o instituto como garantia

individual do cidadão, bem como remédio à proteção judicial dos direitos fundamentais.

Assim, nas modificações ao instituto da justiça gratuita trazidas pela Reforma Trabalhista percebe-se notoriamente essa predisposição do legislador infraconstitucional em contrariar o texto constitucional: uma vez que buscou tolher de forma substancial o instituto da justiça gratuita em suas diversas nuances presentes na CLT.

2 – A Reforma Trabalhista sob a ótica de interpretação constitucionalmente adequada

A Reforma Trabalhista realizada através da Lei nº 13.467, de 13 de junho de 2017, trouxe diversas modificações para a Consolidação das Leis do Trabalho. O que se pretende descrever é a inadequação da supracitada reforma com as normas constitucionais brasileiras. Quando se refere a normas constitucionais, insta posicionar-se sob três aspectos: a) norma é gênero, cujas espécies são regras e princípios, portanto, a análise de compatibilidade – que não deixa de ser de constitucionalidade – tem viés preceitual e principiológico; b) não são qualquer espécie de normas, mas normas constitucionais, portanto, possuindo supremacia referencial e norte interpretativo; c) norma constitucional em sentido formal e material. Notadamente, dando-se destaque que as perspectivas críticas aqui levantadas não se limitam aos aspectos dispositivos, mas semânticos dos direitos fundamentais sociais.

2.1 – Perspectivas doutrinárias

Delgado (2017, p. 29) argumenta que a reforma direciona-se ao retorno do antigo papel do Direito na História, servindo como “instrumento de exclusão, segregação e sedimentação da desigualdade entre as pessoas humanas e grupos sociais”.

Nesse sentido, também termina por se dissociar das matrizes da Constituição de 1988 e suas nuances, como a sua concepção de Estado Democrático de Direito, dos princípios humanístico e social constitucionais, o conceito constitucional de direitos fundamentais da pessoa humana no campo da Justiça do Trabalho e da própria visão do Direito como instrumento civilizatório. Para Delgado (2017, p. 40), a lei: “tenta instituir múltiplos mecanismos em direção gravemente contrária e regressiva”.

Delgado (2017) propõe uma subdivisão das regras integrantes da legislação trabalhista em três blocos: no campo do Direito Individual do Trabalho; no Direito Coletivo do Trabalho e nas regras de Direito Processual do Trabalho.

No Direito Individual do Trabalho (que regula as relações bilaterais e multilaterais do mundo empregatício) através de regras imperativas, busca democratizar a relação de poder existente, instituindo um parâmetro de igualdade jurídica material: em que suaviza o poder empregatício, aprimorando as condições de vida e trabalho da pessoa humana na relação de emprego. Dessa forma, o Direito do Trabalho termina por prestar importante papel de políticas públicas, uma vez que influi diretamente na distribuição de renda.

Assim, a Lei nº 13.467/2017 busca romper com essa lógica civilizatória, democrática e inclusiva do Direito do Trabalho, através de desregulamentação ou flexibilização de regras imperativas sobre o contrato trabalhista. Destacam-se, a seguir, os aspectos que mais trouxeram prejuízos com a reforma.

O primeiro deles é o desprezo à centralidade da pessoa humana, na ordem jurídica e na vida social, uma vez que a lei desrespeita os patamares constitucionais, ao trazer de volta um parâmetro jurídico (há muito obsoleto) que privilegia o poder econômico na relação de emprego.

Delgado (2017, p. 41) explicita quais princípios constitucionais foram violados pela reforma:

“Na verdade, os princípios constitucionais da centralidade da pessoa humana na vida real e no Direito, da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e do emprego, do bem-estar individual e social, da igualdade em sentido material e da subordinação da propriedade privada à sua função socioambiental são repetidamente negligenciados ou diretamente afrontados por diversas regras jurídicas expostas na nova lei.”

O segundo aspecto diz respeito ao esvaziamento de forma extrema do princípio constitucional da igualdade em sentido material nas relações empregatícias. Tal esvaziamento ocorre pela desregulamentação do Direito do Trabalho: seja através da fortificação do poder unilateral do empregador na relação socioeconômica e jurídica; seja através de restrições que implementam o acesso à justiça.

Outro fator relevante é a respeito das modificações implementadas pela Reforma Trabalhista no campo do Direito Processual do Trabalho. Este também se subdivide: restrição ao princípio constitucional do acesso à justiça aos trabalhadores; e a descaracterização do instituto constitucional da justiça gratuita.

Ora, a restrição ao princípio constitucional do acesso à justiça ocorreu através de grande mitigação do instituto da justiça gratuita e de seu remodelamento de forma desfavorável ao trabalhador hipossuficiente, se comparado aos outros códigos. Sabe-se que a grande maioria dos autores de ações trabalhistas no Brasil é de desempregados, que litigam em desfavor de seus ex-empregadores; ou são aqueles trabalhadores com renda salarial irrisória – ambos grupos de trabalhadores destinatários da justiça gratuita.

Dessa forma, se a maioria das ações é oriunda dos hipossuficientes ou desempregados, não se vê razoabilidade em trazer tantas restrições ao instituto da justiça gratuita, uma vez que empecilhos como os tais irão desencorajar a classe trabalhadora, que, como se disse anteriormente, é a classe em pé de desigualdade ante a classe empregadora no Brasil.

2.2 – Perspectiva Jurisprudencial

A Reforma Trabalhista, através da Lei nº 13.467/2017, em busca de economia processual e enxugamento da máquina pública, realizou diversas modificações no corpo da CLT, as quais impactaram de forma significativa o instituto constitucional da justiça gratuita, previsto no art. 5º, LXXIV, da CF: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Ora, tal modificação vem de encontro não só ao princípio fundamental citado, bem como abala as estruturas do próprio Processo do Trabalho em si, uma vez que este se perfaz de diversas peculiaridades que os diferenciam do processo civil e demais códigos, e que buscam proteger os direitos do trabalhador como parte menos favorecida, em regra, na relação empregador *versus* empregado.

Tendo em vista essa perspectiva, a jurisprudência ainda recente sobre o tema (a maioria das ações ainda se encontram em andamento), na maioria dos casos, tem se posicionado em favor da inconstitucionalidade dos dispositivos alterados – com poucas ressalvas quanto a um instituto ou outro.

Assim também a doutrina – e, aqui, nota-se quase uma unanimidade dentre as referências neste trabalho –, também se posiciona de forma categórica e contrária ao proposto pela reforma, quanto à mitigação do instituto fundamental da justiça gratuita, entende-se que os intuitos da Lei nº 13.467/2017, ainda que sejam plausíveis, confrontam-se com os dispositivos constitucionais e com os princípios defendidos pelo Processo do Trabalho.

Dessa feita, não era de se admirar que o STF de pronto fosse acionado através da ADI 5.766, distribuída em 28.08.2017 no Supremo Tribunal Federal,

DOCTRINA

a qual questionou de forma veemente a constitucionalidade de diversos dispositivos que alteraram o instituto da justiça gratuita, que neste momento serão analisados em uma visão macro, mas que serão trabalhados de forma unitária posteriormente neste trabalho.

É de se salientar que a Lei nº 13.467/2017 da Reforma Trabalhista já possui vinte e cinco ações diretas de inconstitucionalidade, sendo que a maioria delas aguarda posicionamento do STF. Desse total, dezenove impugnaram o fim da obrigatoriedade do imposto sindical. As demais discutem temas diversos como o trabalho intermitente; indenização por dano extrapatrimonial; gestantes e insalubridade, e, por fim, a gratuidade do acesso à justiça.

A ADI 5.766, até o encerramento desta pesquisa, possuía dois votos consolidados: um a favor da ADI, e outro contra. O voto a favor é do ministro Edson Fachin, o qual votou de forma integral em favor da inconstitucionalidade das modificações realizadas em todos os dispositivos da justiça gratuita alterados; já o voto contra foi do relator do processo, Ministro Luís Roberto Barroso, o qual julgou parcialmente contra todos os dispositivos da referida ação, fazendo algumas ressalvas de adequação à razoabilidade.

Os dispositivos contestados pela ADI 5.766 foram: art. 790-B, *caput* e § 4º (que trata dos honorários periciais); o art. 791-A, § 4º (que trata dos honorários advocatícios), e, por fim, o art. 844, § 2º (que dispõe sobre a ausência do reclamante).

No voto em favor da ADI citada, através do Ministro Edson Fachin, são declarados sob inconstitucionalidade material, conforme se cita o teor de parte do voto:

“(…) padecem de inconstitucionalidade material, pois impõem restrições inconstitucionais às garantias fundamentais de assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, LXXIV) e do acesso à justiça (art. 5º, XXXV), afrontando também os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, IV), os objetivos fundamentais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I) e de erradicação da pobreza e da marginalização, bem como de redução das desigualdades sociais (art. 3º, III), além de afronta ao direito fundamental à isonomia (art. 5º, *caput*).” (BRASIL, STF, 2017, p. 1-2)

Nota-se, que para o Ministro Fachin, as alterações feitas pela reforma, não afrontam tão somente o princípio literal da justiça gratuita, mas também

os demais princípios que cerceiam os direitos humanos consolidados na Constituição de 1988.

Já o Relator da ADI 5.766, Ministro Luís Roberto Barroso, entende de forma semelhante à proposta do legislador da reforma: a busca pela economia processual e pelos desincentivos à litigiosidade, a fim de diminuir os altos números de lides processuais trabalhistas, principalmente se comparado a outros países.

No voto citado, o Ministro Barroso faz uma ressalva pontual, e sugere adequações às alterações feitas pela reforma quanto aos honorários advocatícios, e que parecem ser bem razoáveis, sendo elas: a) a utilização de créditos de outros processos para o pagamento deste, deverá não exceder a 30% do valor líquido recebido, aplicado por analogia sobre as normas que dispõem sobre verbas alimentares; b) não incidência dos valores abaixo do texto do Regime da Previdência Social, que atualmente é de R\$ 5.839,45.

Outro julgamento de relevância questionando as alterações do instituto da justiça gratuita feitas pela reforma foi o Processo de nº 0012715-89.2017.5.15.0146, na 1ª Turma do TRT da 15ª Região. Cita-se a ementa da referida ação:

“ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. INDEVIDA A FIXAÇÃO DE CUSTOS AO BENEFICIÁRIO. IMPROPRIEDADE DO ESTABELECIMENTO DA PRESUNÇÃO DO EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE AÇÃO COMO FORMA DE NEGAR VIGÊNCIA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA JUSTIÇA GRATUITA. Os arts. 790-B (*caput* e § 4º), 791-A, § 4º e 844, § 2º da CLT, com as redações que lhes foram dadas pela Lei nº 13.467/2017 *contrariam a essência do instituto da assistência judiciária gratuita, quebrando toda a tradição jurídica desenvolvida sobre o tema, e ainda, afrontam, literalmente, o inciso LXXIV do art. 5º da CF.*” (BRASIL, TRT 15ª Região, 2017, p. 1, grifo nosso)

Ora, entende a 1ª Turma do TRT da 15ª Região, que as alterações trazidas pela reforma empobrecem a razão de ser do instituto da justiça gratuita, que conforme se viu ao longo deste trabalho, vai de encontro a toda construção do instituto ao longo dos anos, desde as primeiras constituições no Brasil, bem como afronta diretamente o princípio que estatui a assistência jurídica integral e gratuita, previsto no inciso LXXIV do art. 5º da Constituição de 1988.

Assim, pegando os exemplos do Supremo Tribunal Federal, bem como o entendimento da 1ª Turma do TRT da 15ª Região, nota-se que há congruên-

cia de pensamentos nos tribunais, de que o instituto constitucional da justiça gratuita foi violado em sua essência, havendo mínima discordância na doutrina a esse respeito.

3 – A Reforma Trabalhista e o esvaziamento material do direito à Justiça gratuita

A hipótese levantada *a priori* na pesquisa é que a Reforma Trabalhista realizada através da Lei nº 13.467/2017, que entrou em vigor em 13 de novembro de 2017, trouxe limitações ao acesso à justiça do Trabalho, e, dentre as principais limitações, destaca-se a mitigação do instituto da justiça gratuita em significativas alterações realizadas.

Conforme análise e interpretação dos dados levantados, a hipótese se confirmou. Todavia, é salutar compreender que a inconstitucionalidade que se defende no presente trabalho sobre a reforma está atrelada ao aspecto material das normas constitucionais. Isto é, as condições de produção de efeitos da norma. Um olhar meramente positivo não é suficiente para dar resultados convincentes acerca da problemática que subjaz à questão.

Nota-se que a reforma trouxe modificações estruturais na CLT, abalando os pilares da legislação infraconstitucional de 1937, que foi erguida sob a égide de direitos constitucionais, e que, atualmente, necessita espelhar-se na Constituição de 1988, que trouxe a inovação e amplitude do instituto jurídico da assistência jurídica que passou a ser conceituado no rol dos direitos fundamentais, no art. 5º, inciso LXXIV, como “direito à assistência jurídica integral e gratuita”.

Com o surgimento do Novo Código de Processo Civil em 2015, a maioria dos tópicos abordados sobre a gratuidade de Justiça foram retirados da Lei nº 1.060/1950 – que continua em vigor, porém com poucos dispositivos – e que foi incluída ao corpo do Novo Código. Todavia, sempre a legislação sobre o tema foi escassa de regulamentação específica e exaustiva, que fez com que a doutrina e jurisprudência moldassem as lacunas existentes a fim de se obter uma interpretação mais adequada do instituto da justiça gratuita, seja no Processo do Trabalho, seja no processo civil.

Assim, a Reforma Trabalhista tomou a frente em busca de modernizar o dado instituto: muito embora o Novo CPC de 2015 – que também reestruturou o instituto da justiça gratuita, nos arts. 98 a 101 – mencione no corpo do art. 15 que a sua aplicação se estende de forma supletiva e subsidiária aos processos trabalhistas.

Atente-se ao fato de que a CLT de 1937, antes da reforma, atribuía poucas passagens a respeito do instituto da justiça gratuita, e, portanto, permearam o alvo do legislador reformador. Criticada pela maioria da doutrina, a Reforma Trabalhista enfraqueceu o instituto da justiça gratuita, bem como os demais direitos fundamentais que permeiam o trabalhador: uma vez que o inibe de obter o acesso à justiça, este restará privado de seus demais direitos que pudesse vir a fazer jus, tendo em vista que fora tolhido de forma substancial o seu direito à justiça integral e gratuita, que funciona como uma ponte aos outros direitos.

O Centro de Estudos Sindicais e Economia do Trabalho (doravante, CESIT) (2017) entende que a reforma trouxe não só deletérios aos direitos sociais estabelecidos na Constituição de 1988, como também à própria estrutura estatal que gere os direitos lesados ou ameaçados de lesão do trabalhador. Para a autora, a lei reformada atuaria em três planos: o primeiro “ao desconfigurar o Direito do Trabalho como direito protetor e promotor de avanços sociais aos trabalhadores, privilegiando o encontro ‘livre’ de vontades ‘iguais’, em verdadeiro retrocesso ao século XIX” (CESIT, 2017, p. 104). Os outros dois atingem a base da Justiça do Trabalho em dois lados: o segundo, por um lado, criando obstáculos ao acesso à justiça, e o terceiro, por outro, limitando e impondo amarras à atuação dos tribunais e juízes do trabalho.

E o que se destaca neste trabalho é o segundo aspecto citado: dos obstáculos ao acesso à justiça do Trabalho. Esses se encontram nos dispositivos que tratam sobre as custas processuais; dos honorários advocatícios e da ausência do reclamante; que deverão ser suportadas pelo trabalhador, e que serão trabalhados isoladamente nos tópicos seguintes. Para Teixeira *et al.* (2017) tais regras são inconstitucionais, pois afrontam os direitos fundamentais de acesso à justiça e gratuidade judiciária estabelecidos na Constituição de 1988, no art. 5º, incisos XXXV e LXXIV.

3.1 – As justificativas do legislador e os impactos causados na Justiça do Trabalho após a Reforma Trabalhista e alteração do benefício da justiça gratuita

A Reforma Trabalhista provocou intensa desregulamentação à proteção social do trabalho, onde incluiu 96 disposições, das quais a maioria incidiu em dedução de direitos materiais do trabalhador, como exemplo: a facilitação do trabalho autônomo prevista no art. 442-B; contratação terceirizada de mão de obra no art. 2º, modalidades contratuais superflexíveis como o trabalho intermitente no art. 452-A, entre outras medidas que reduziram garantias materiais no âmbito trabalhista.

DOCTRINA

O legislador da reforma, com o principal objetivo de diminuir o número de demandas na Justiça do Trabalho e desafogar a abarrotada justiça, atropelou garantias processuais, que terminam por violar o direito fundamental do trabalhador hipossuficiente ao instituto da justiça gratuita, sendo este o pressuposto de acesso à Justiça do Trabalho e que possui amparo na Constituição de 1988.

A 1ª Turma do TRT/15ª Região destaca de forma contundente que a mitigação da justiça gratuita visando à redução das demandas trabalhistas, por si só, não é capaz de sanar o problema dos altos índices de litígios, como se vê a seguir:

“No entanto, a redução de litigiosidade, apoiada no artificialismo jurídico que submeteu os trabalhadores à ameaça de custos processuais, quebrando a eficácia do princípio do acesso à justiça, só representa maior incentivo ao descumprimento da legislação do trabalho, gerando aumento do sofrimento nas relações de trabalho, intensificação do processo de acumulação da riqueza, quebra do sistema previdenciário, diminuição do consumo e agravamento da crise econômica, com efeito inevitável na insegurança pública. *Recentemente, muito se falou sobre o grande número de reclamações trabalhistas movidas no Brasil, que, em 2016, chegou a 3,9 milhões. Ocorre que desse total apenas 7% foram julgadas totalmente improcedentes, significando que o alto número de reclamações está, de fato, ligado ao elevado estágio de descumprimento da legislação.*” (BRASIL, TRT 15ª REGIÃO, 2017, p. 15, grifo nosso)

Como bem coloca a 1ª Turma do TRT/15ª Região, embora a intenção do legislador seja a de diminuir os altos índices de litigiosidade (em 2016 foram 3,9 milhões de ações trabalhistas), estes números exorbitantes ocorrem não pelo fato de a CLT antes da reforma não impor limitações ao acesso à justiça, pois desse total de ações, somente 7% foram julgadas totalmente improcedentes: o que demonstra que o viés de dificultar o acesso à justiça com o intuito de diminuir as demandas judiciais (embora atinja esse êxito) não é capaz de solucionar o problema endêmico no campo social do trabalho – que é gerado em sua grande maioria simplesmente pelo descumprimento da lei por parte dos empregadores – e não por litigância temerária por parte dos trabalhadores.

E se há descumprimento da lei pelo lado do empregador, grande injustiça se opera ao se desigualar a relação jurídica empregado *versus* empregador, uma vez que a principal função da Justiça do Trabalho, bem como da legislação trabalhista, é garantir que ocorra equanimidade entre essas partes, tendo em vista que o lado do trabalhador sempre é o mais frágil e necessita de amparo legal.

DOCTRINA

Assim, em meio a tantos abalos e enfraquecimento da legislação trabalhista do ponto de vista do trabalhador, a vigência da Lei nº 13.467/2017 trouxe empecilhos e dificultou o acesso à justiça, fazendo com o que trabalhadores viessem a temer arcar com despesas processuais ou de sucumbência, por exemplo: esse desestímulo, de fato, impactou diretamente o número de novas demandas na Justiça do Trabalho, que será analisado a seguir.

O número de novas demandas trabalhistas despencou já nos primeiros meses de vigência, e em uma análise após um ano da reforma, os dados do TST, divulgados em 6 de novembro de 2018, demonstram que houve redução de 36% no número total. Assim, entre os meses de janeiro e setembro de 2017, as varas do trabalho tiveram 2.013.241 de reclamações trabalhistas. Comparando-se 2017 e 2018, no mesmo período delimitado, em 2018, o número despencou para 1.287.208, é o que se vê no quadro apresentado pela Coordenadoria de Estatística da Corte do TST.

Gráfico 1 – Quadro comparativo do número de reclamações trabalhistas



Fonte: Coordenadoria de Estatística do TST.

Em entrevista contida no *site* da Anamatra a respeito da modificação do instituto da justiça gratuita sofrido pela reforma – a mais plausível possibili-

dade de ser a principal causa para a diminuição de demandas ter ocorrido –, a diretora de Cidadania e Direitos Humanos da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região-BA (Anamatra), Silvia Isabelle, afirmou:

“Não tenho dúvidas de que isso fez com que os empregados se afastem da Justiça porque ele passou a pagar pelo processo. A Reforma para o trabalhador permanece sendo danosa a ele. Se a intenção era modernizar, isso não aconteceu. Estamos muito aquém ainda. Temas como a intimidade e a privacidade do trabalhador deixaram de ser tratados. Se preocupou demais em beneficiar o empregador, deixando de lado muitos direitos conquistados pelo trabalhador.” (BRASIL, Anamatra, 2018)

Assim, nota-se que um dos principais objetivos do legislador da reforma foi atingido, uma vez que inibiu novas demandas trabalhistas; muito embora tenha causado muitos prejuízos aos trabalhadores beneficiários da justiça gratuita, que até então não necessitavam arcar com a sucumbência de advogados, por exemplo.

Obviamente, a diminuição do número de novas demandas não foi ocasionada somente pela modificação no instituto da justiça gratuita. Porém, a Anamatra e a doutrina são uníssonas ao afirmar que o principal fator para esse impacto foi, de fato, o enfraquecimento do instituto da justiça gratuita: fato até então inédito para a Justiça do Trabalho, bem como para o próprio Direito Brasileiro.

E as ações trabalhistas sofreram impactos não só nas varas do trabalho, como também no próprio Tribunal Regional do Trabalho. É o que aponta os dados do TRT-BA da 5ª Região:

“Se, por um lado, a reforma ainda não gerou todas as vagas que previa, por outro, derrubou efetivamente o número de ações ajuizadas no Tribunal Regional do Trabalho. Com base nos dados levantados pelo TRT-BA (5ª Região), enquanto em 2017 foram ajuizadas um total de 174.876 novas ações em 1º grau, de janeiro até outubro deste ano (2018) o número não passa de 90.589, um pouco mais que a metade.” (ANAMATRA, 2018)

Assim, em oposição frontal aos movimentos democráticos que efetivaram as garantias constitucionais do amplo acesso à justiça, bem como do benefício da justiça gratuita, as normas da CLT que sofreram alteração inviabilizaram ao trabalhador hipossuficiente de assumir os riscos de uma demanda trabalhista, impondo-lhe o pagamento de custas e despesas processuais de sucumbência, tais como o uso de créditos trabalhistas que não traz nenhuma ressalva a respeito

de algum tipo de teto quanto aos valores de natureza familiar nem quanto ao teto limite de benefício da Previdência Social (sugeridos no voto da ADI 5.766 analisada e citado anteriormente), o qual o trabalhador possa vir a fazer jus em uma demanda trabalhista.

3.2 – Dos honorários periciais

A regulação trazida pela Lei nº 13.467/2017 dos honorários periciais – que são devidos ao profissional que realizar a perícia – traz como sua maior mudança a limitação ao instituto da justiça gratuita.

Como regra geral, tem-se: a parte sucumbente (autor ou reclamado) na pretensão objeto da perícia incumbe-se dos honorários periciais (art. 790-B da CLT). No caso de o reclamante ser o sucumbente, este arcará com a responsabilidade do pagamento desses honorários “mesmo que tenha sido beneficiado, no processo, pelo instituto da justiça gratuita” (art. 790-B, *caput*, da CLT).

O beneficiário da justiça gratuita só estará livre desses encargos quando “(...) não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no *caput*, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo” (art. 790-B, § 4º, da Lei nº 13.467, de 2017).

Ressalta-se que no texto anterior do art. 790-B da CLT e da Súmula nº 457 do TST, a União respondia por tais honorários, ainda que o beneficiário da justiça gratuita fosse sucumbente (o artigo anterior à reforma trazia ressalva ao beneficiário da justiça gratuita) – o que demonstra que tanto o legislador, quanto a mais alta instância da Justiça do Trabalho possuíam entendimento diverso ao proposto pela reforma, conforme se extrai da referida súmula:

“1 – Súmula 457/TST – 21/05/2014. Prova pericial. Honorários periciais. Beneficiário da justiça gratuita. Responsabilidade da União pelo pagamento. Resolução 35/2007 do CSJT. Observância. Súmula 394/TST. Lei 1.060/1950, art. 3º, V. CLT, art. 790-B. CF/88, art. 5º, LXXIV. A União é responsável pelo pagamento dos honorários de perito quando a parte sucumbente no objeto da perícia for beneficiária da assistência judiciária gratuita, observado o procedimento disposto nos arts. 1º, 2º e 5º da Resolução 66/2010 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT.” (BRASIL, TST, 2014)

Assim, depreende-se que o legislador trouxe prejuízos ao trabalhador hipossuficiente, uma vez que esta condição gera temor, fazendo com que este pense bem antes de demandar a Justiça do Trabalho, e, dessa forma, aumenta-se

a probabilidade de desistência de abertura de reclamação trabalhista por este, embora possa acreditar possuir direitos.

Para ilustrar o dispositivo, segue-se um caso hipotético: uma ação para o reconhecimento de adicional de insalubridade cumulada com pedido de horas extras. Caso a perícia chegue à conclusão de que o trabalhador não faz jus à insalubridade, e a sentença acatar a perícia indeferindo o pedido, o juiz condena o empregador somente ao pedido das horas extras, e recai a obrigação de pagamento dos honorários da perícia sobre o reclamante sucumbido. Dessa forma, o pagamento das custas advirá justamente do valor a que o reclamante tiver obtido êxito quanto às horas extras. Se neste exemplo ele fizesse jus a dois mil reais e o custo da perícia fosse mil e quinhentos, sobrariam apenas quinhentos reais para o seu ganho de causa final.

Godinho (2017, p. 325) comenta sobre o teor da modificação trazido pela reforma quanto ao instituto da justiça gratuita:

“A análise desse preceito, segundo já explicitado, evidencia o seu manifesto despreço ao direito e garantia constitucionais da justiça gratuita (art. 5º, LXXIV, da CF) e, por decorrência, ao princípio constitucional do amplo acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF). Se não bastasse, desconsidera as proteções e prioridades que o ordenamento jurídico confere às verbas de natureza trabalhista, por sua natureza alimentar, submetendo-as a outros créditos emergentes do processo.”

Percebe-se que a lógica utilizada pelo legislador termina por atingir o princípio fundamental da justiça integral e gratuita, bem como do acesso à justiça, que, por conseguinte, termina por implicar numa redução no número de litigantes hipossuficientes em novas ações: uma vez que fizerem uma análise de custo-benefício de entrar com uma ação judicial como na hipótese citada.

3.3 – Dos Honorários advocatícios

Considerado um dos pontos mais polêmicos da Reforma Trabalhista, a possibilidade de os beneficiários da justiça gratuita pagarem honorários sucumbenciais tem sido muito criticada pela doutrina e também pela jurisprudência que tem se posicionado contrária ao proposto pela reforma; destaca-se, por oportuno, que antes da reforma não havia nenhuma menção a honorários advocatícios na CLT.

A inclusão trazida pela reforma que implica no instituto da justiça gratuita encontra-se especificamente no § 4º do art. 791-A da CLT:

DOCTRINA

“§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).”

O § 4º do art. 791-A, portanto, traz a possibilidade de os beneficiários da justiça gratuita arcarem com os honorários advocatícios – embora amparados por um instituto que busca justamente diminuir os entraves ao acesso à justiça aos menos favorecidos socialmente e financeiramente, e com amplo amparo na Constituição de 1988 e na historicidade constitucional brasileira, como se viu ao longo deste trabalho.

O artigo em questão, em similaridade aos honorários periciais (art. 790-B) da CLT, também condiciona o pagamento da sucumbência à União somente nos casos em que não houver créditos aos quais o beneficiário da justiça gratuita possa ter feito jus na mesma ou em outra ação.

Todavia, possui uma peculiaridade: na hipótese de a condição econômica da parte não se modificar, a obrigação de pagar os honorários de sucumbência é suspensa e será executada somente durante os dois anos após o trânsito em julgado subsequentes da decisão que a certificou, e surgir situação financeira que modifique o *status* do beneficiário do instituto da justiça gratuita, demonstrada pelo credor.

Godinho (2017, p. 327) demonstra o motivo de se considerar esta alteração como das que mais geraram prejuízos ao instituto da justiça gratuita, e, por conseguinte, ao acesso do trabalhador hipossuficiente à Justiça do Trabalho:

“É que o conjunto normativo constante do art. 791-A, *caput* e §§ 1º até 5º, da CLT – se lido em sua literalidade –, pode inviabilizar o direito e a garantia constitucionais fundamentais constitucionais da justiça gratuita (art. 5º, XXXV, da CF) e o direito, garantia e princípio constitucionais fundamentais do amplo acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF) relativamente à grande maioria das pessoas físicas dos trabalhadores do País. Isso em decorrência dos elevados riscos econômico-financeiros que passam a envolver o processo judicial trabalhista, particularmente para as pessoas destituídas de significativas (ou nenhuma) renda e riqueza.”

A jurisprudência também tem se declinado quanto a essa modificação proposta pela reforma, merece destaque o acórdão de decisão unânime da Primeira Turma Recursal do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, no qual o Juiz relator, Jorge Luiz Souto Maior, rechaça com veemência a modificação em voga, bem como denega a condenação de um beneficiário da justiça gratuita ao pagamento dos honorários advocatícios:

“Sendo assim, considerando ser o reclamante beneficiário da justiça gratuita e preservando a validade e a vigência da garantia constitucional, excluo a condenação do reclamante ao pagamento de honorários advocatícios.” (BRASIL, TRT 15ª Região, 2017, p. 24)

Para o Relator (ou turma recursal): essas alterações que condicionam o instituto da justiça gratuita: “(...) contrariam a própria essência do instituto da assistência judiciária gratuita, quebrando toda a tradição jurídica desenvolvida sobre o tema, e ainda, afrontam, literalmente, o inciso LXXIV do art. 5º da CF” (BRASIL, TRT 15ª Região, 2017, p. 13).

Assim, mais uma vez, o princípio da gratuidade é ceifado em sua essência, e que, para Teixeira *et al.* (2017), cumprirá os objetivos dos defensores da reforma, e termina por inibir a grande maioria dos trabalhadores na busca de seus direitos trabalhistas usurpados pelo empregador que descumpre as normas de proteção social de forma sistemática.

Para Homero Silva (2017), a implantação dos honorários de sucumbência no Processo do Trabalho é um divisor de águas, uma verdadeira quebra de paradigma, e que é considerado por muitos como o início do fim do Processo do Trabalho como um ramo autônomo do Direito. Pois essa inovação trazida pela reforma contrasta justamente com as peculiaridades da legislação trabalhista, tais como: simplificação das formas; ênfase à oralidade; enxugamento recursal; e, o alcance mais amplo da gratuidade dos atos a fim de facilitar o acesso à justiça.

Desta feita, nota-se que, de fato, a alteração é muito mais profunda e emblemática do que simplesmente uma inovação: trata-se de uma modificação estrutural na essência do Processo do Trabalho, e que termina por agredir o princípio da justiça integral e gratuita em sua literalidade e no âmbito de seus efeitos pretendidos pelo legislador constituinte.

3.4 – Da ausência do reclamante

O art. 844 da CLT regula o arquivamento da ação por falta injustificada do trabalhador e os efeitos da revelia por parte do empregador. A Reforma altera significativamente os entendimentos sobre a norma, estabelecendo maior rigor

sobre os arquivamentos e certa suavidade sobre o empregador. A seguir, o artigo mencionado, bem como os parágrafos a serem esmiuçados.

“Art. 844. O não comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato.

(...)

§ 2º Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável.

§ 3º O pagamento das custas a que se refere o § 2º é condição para a propositura de nova demanda.”

Os parágrafos segundo e terceiro do referido artigo é que geram impactos ao instituto da justiça gratuita, os quais serão trabalhados em conjunto para uma melhor compreensão. Os dois novos preceitos restringem o acesso à justiça laboral à grande massa proletária.

O § 2º passa a exigir o recolhimento das custas processuais oriundas do arquivamento por ausência injustificada, estipulando prazo de quinze dias para que o trabalhador apresente justificativa amparada pela lei, entre elas: as faltas justificadas previstas no art. 473 da CLT, tais como o afastamento médico; falecimento de parente conforme especificações do artigo; e outros motivos os quais o juiz entender razoáveis.

A inovação do § 2º reside justamente no enfraquecimento do instituto da justiça gratuita, quando estatui: “ainda que beneficiário da justiça gratuita”, ou seja, não poupando o trabalhador hipossuficiente que tenha aderido ao benefício. Godinho (2017, p. 343) salienta para a inconstitucionalidade deste preceito:

“O grave no preceito introduzido na CLT consiste na apenação do beneficiário da justiça gratuita. Essa medida desponta como manifestamente agressora da Constituição da República, por ferir o art. 5º, LXXIV, da CF/88, que assegura ‘assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos’ – instituto da justiça gratuita. Conforme se sabe, não pode a Lei acanhar ou excluir direito e garantia fundamentais assegurados enfaticamente pela Constituição da República.

Pontue-se que determinar o pagamento das custas pelo trabalhador faltoso à audiência inaugural relativa a processo em que figura como reclamante é, sem dúvida, um dispositivo, em si, válido, regra geral. O

DOCTRINA

que não se mostra válido, porquanto manifestamente inconstitucional, é a extensão desse encargo para o beneficiário da justiça gratuita, pois este está protegido por um direito e garantia de natureza e autoridade constitucionais.”

Nota-se, conforme entendimento de Godinho, ainda que o trabalhador não tenha comparecido à audiência (ainda que de forma injustificada) não seria capaz de diminuir o peso constitucional do instituto da justiça gratuita.

Já o § 3º, nos casos de falta por parte do trabalhador (ainda que seja beneficiário da justiça gratuita) o pagamento das custas processuais será condição para o ingresso de nova reclamação, ou seja, uma vez que o trabalhador faltar de forma injustificada, além de recolher as custas processuais, terá de arcar com tais custas de início em uma nova ação que intente realizar – havendo, portanto, perdido o direito ao benefício da justiça gratuita.

Para Schiavi (2017), essa alteração que impõe o pagamento de custas como condição de uma nova ação realizada pela reforma, mesmo ao beneficiário do instituto da justiça gratuita, fere o princípio constitucional do acesso à justiça.

“De nossa parte, embora o dispositivo tenha intenção de moralizar o Processo do Trabalho e inibir extinções prematuras do processo, exigir o recolhimento das custas como condição de ingresso de nova ação, caso o autor seja beneficiário de justiça gratuita, viola o princípio do constitucional de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF).” (SCHIAVI, 2017, p. 98)

A Anamatra (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho), através da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, divulgou, em 19 de dezembro de 2018, cento e vinte e cinco enunciados para interpretação e aplicação da Lei nº 13.467/2017, dos quais, destaca-se o Enunciado de nº 103, que também ruma pela inconstitucionalidade da cobrança de custas de beneficiário da justiça gratuita em novo ajuizamento de ação:

“103. ACESSO À JUSTIÇA. ART. 844, § 2º E § 3º, DA CLT. INCONSTITUCIONALIDADE. Viola o princípio de acesso à justiça a exigência de cobrança de custas de processo arquivo como pressuposto de novo ajuizamento. O princípio do acesso à justiça é uma das razões da própria existência da Justiça do Trabalho, o que impede a aplicação dessas regras, inclusive sob pena de esvaziar o conceito de gratuidade da justiça.” (ANAMATRA, 2018)

DOCTRINA

É de se salientar que, antes da reforma, não havia nenhum tipo de penalidade nesse sentido, ocorrendo apenas o arquivamento do processo, e o reclamante poderia entrar com uma nova ação sem nenhum ônus adicional.

Nota-se que a maioria da jurisprudência e, principalmente da doutrina, entende pela inconstitucionalidade da referida alteração quanto à ausência do reclamante beneficiário da justiça gratuita. Há, todavia, um voto do ministro Relator Luís Roberto Barroso da ADI 5.766, que se encontra com dois votos até então, um totalmente procedente em favor da inconstitucionalidade dos dispositivos alterados do instituto da justiça gratuita pela Lei nº 13.467/2017; e outro em favor da constitucionalidade dos mecanismos com várias ressalvas. Demonstra-se o teor do voto de Barroso mencionado:

“5. Também é constitucional a cobrança de custas judiciais dos beneficiários da justiça gratuita que derem ensejo ao arquivamento do feito, em razão do não comparecimento injustificado à audiência. Respeito e consideração à Justiça e à sociedade, que a subsidia. Ônus que pode ser evitado pela apresentação de justificativa para a ausência.

6. Por fim, é igualmente constitucional o condicionamento da propositura de nova ação ao pagamento das custas judiciais decorrentes do arquivamento. Medida adequada a promover o objetivo de acesso responsável à Justiça.” (BRASIL, STF, 2017, p. 2)

Nota-se que a interpretação pela inconstitucionalidade ou não do art. 844, §§ 3º e 4º, dependerá de dois vieses hermenêuticos: um primeiro que protege a razão de ser do Processo do Trabalho e suas peculiaridades, bem como pela literalidade do instituto na constituição: “integral e gratuito”; e um segundo (de mesma visão do legislador), o qual privilegia a economia processual, e entende que, uma vez que o trabalhador dispõe do prazo de 15 dias para apresentar justificativa por uma falta, não haveria o porquê de manter o condão do benefício sobre este.

Considerações finais

O instituto da justiça gratuita foi fruto de séculos de aprimoramento ao longo da história, tendo sua concretização no ordenamento jurídico pátrio desde a Constituição Federal de 1934. Com exceção da Constituição de 1937, todas as constituições no Brasil abrangeram o instituto, demonstrando-se, assim, a sua importância e imprescindibilidade, uma vez que o Brasil é marcado pelas diferenças sociais, e que a própria Constituição de 1988 almeja o equilíbrio social e a promoção do bem de todos, os quais estão elencados em seu art. 3º

DOCTRINA

que trata dos objetivos constitucionais, bem como dedica um capítulo exclusivo aos direitos sociais sob a base dos direitos fundamentais.

A Reforma Trabalhista, através da Lei nº 13.467/2017, surge em um momento em que a própria Justiça do Trabalho é contestada com fortes tendências a ser desfeita pelo engendramento político. Dessa forma, resta claro que a mitigação do instituto da justiça gratuita vem buscar cumprir essa agenda de forma sutil, objetivando enfraquecer a importância da Justiça do Trabalho, e, por consequência, desmotivar trabalhadores hipossuficientes a litigar – ainda que estejam de fato lesados em seus direitos trabalhistas e sociais.

Assim, a Reforma Trabalhista atinge não só o princípio da justiça gratuita, como também afronta os princípios e diretrizes do Direito Processual do Trabalho, tais como o princípio da proteção ou tutela (que busca reduzir as desigualdades na relação empregador *versus* empregado); do bem-estar individual e social; da valorização do trabalho e do emprego, etc.

A Justiça do Trabalho e seus pressupostos são reconhecidos pela sua característica peculiar e pelo seu reconhecimento em buscar dirimir a desigualdade material nas relações de trabalho de empregador *versus* empregado, buscando garantir ao trabalhador preceitos jurídicos mínimos a fim de consagrar a cidadania e os valores constitucionais que norteiam o Direito do Trabalho. Assim, quando o legislador da reforma busca limitar o acesso à justiça gratuita através de entraves legais, termina por desfazer todo um aparato jurídico e social que perpassa a Justiça Laboral e suas características que a distingue das demais justiças.

A ampla doutrina e a maior parte da jurisprudência, e da própria sociedade em geral, se posicionam contrários às modificações operadas pela reforma, ainda que sob o intuito de economia processual e desafogamento do Poder Judiciário trabalhista. Pois observam que o instituto da justiça gratuita, se delimitado, termina por perder sua essência, não mais alcançando sua função social almejada pelo legislador constituinte. Além de que, restou demonstrado, que a Justiça do Trabalho encontra-se abarrotada, em sua maioria, não por facilitar o acesso ao trabalhador hipossuficiente – mas por simplesmente os empregadores descumprirem a legislação trabalhista de forma sistemática.

Assim, o problema da grande litigiosidade no Brasil, não só na Justiça do Trabalho, como na justiça como um todo, não se encontra no simples fato de o acesso à justiça ser ou não facilitado: mas no descumprimento e desrespeito às legislações vigentes, seja por falta de fiscalização; seja por brechas na lei, que permitem ao empregador explorar seus empregados, que em sua maioria sequer

possuem conhecimento de seus direitos como cidadãos e trabalhadores, na maioria dos casos não ocorrendo a busca por seus direitos lesados diariamente.

Diante do exposto ao longo deste trabalho, portanto, conclui-se que os dispositivos alterados pela Reforma Trabalhista que tratam do instituto constitucional da justiça gratuita, de fato, atingem os princípios constitucionais da justiça integral e gratuita bem como do acesso à justiça. Possibilita-se um retrocesso à legislação trabalhista, alargando a sensação de impunidade aos empregadores e abrandando os direitos sociais fundamentais do trabalhador desfavorecido na sociedade e nas relações trabalhistas.

Referências bibliográficas

BARBOSA, Ruy Pereira. *Assistência jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BRASIL. ANAMATRA. *2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho*. Enunciados aprovados na 2ª Jornada. Enunciado nº 103. Acesso à justiça. 2018. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>>. Acesso em: 26 jan. 2019.

_____. _____. *Reforma trabalhista completa um ano com resultado polêmico*. 2018. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/imprensa/anamatra-na-midia/27214-reforma-trabalhista-completa-um-ano-com-resultado-polemico>>. Acesso em: 26 jan. 2019.

_____. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 27 dez. 2018.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 dez. 2018.

_____. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm#view>. Acesso em: 2 dez. 2018.

_____. *Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm>. Acesso em: 2 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.766/DF*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Pesquisa de jurisprudência, voto vogal, 10 maio 2008. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-fachin-reforma-trabalhista.pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2018.

_____. _____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.766/DF*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Pesquisa de jurisprudência, voto vogal, 10 maio 2008. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-fachin-reforma-trabalhista.pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2018.

DOCTRINA

_____. _____. *ADI 5.766*. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Voto: Ministro Luís Roberto Barroso. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/ementa-voto-barroso-custas-processos.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2019.

_____. _____. *ADI 5.766*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Voto vogal: Ministro Edson Fachin. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-fachin-reforma-trabalhista.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2019.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. *Recurso Ordinário em Procedimento Sumaríssimo 0012715-89.2017.5.15.0146*. 1ª Turma, 1ª Câmara RE em processo sumaríssimo. Campinas, 5 de junho de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/trt15-honorarios-sucumbencia.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2019.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Primeiro ano da Reforma Trabalhista*: efeitos. 2018. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticia-destaque//asset_publisher/NGo1/content/id/24724445>. Acesso em: 29 jan. 2019.

_____. _____. *Súmula nº 457*. 2014. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_451_600.html#SUM-457>. Acesso em: 15 jan. 2019.

CAMPO, Hélio Márcio. *Assistência jurídica gratuita*: assistência judiciária e gratuidade judiciária. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CESIT – Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho. *Contribuição crítica à reforma trabalhista*. Org. Marilane Oliveira Teixeira *et al.* Campinas: UNICAMP/IE/CESIT, 2017.

_____. *Dimensões críticas da reforma trabalhista no Brasil*. Org. José Dari Krein, Denis Maracci Gimenez e Anselmo Luis dos santos. Campinas, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

_____; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil*: com os comentários à Lei nº 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Benefício da justiça gratuita*: de acordo com o novo CPC. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Salvador. Juspodivm, 2017.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas 2003.

MEDEIROS, Isabela. *Assistência jurídica gratuita*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Tratado de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

MESSITTE, Peter. Assistência judiciária no Brasil: uma pequena história. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 7, p. 126-150, out. 1967. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/707/663>>. Acesso em: 1º dez. 2015.

DOUTRINA

NERY Jr., Nélson. *Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal*. São Paulo: RT, 1999.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito: por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei nº 13.467/17*. São Paulo: LTr, 2017.

SILVA, Homero Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: RT, 2017. [livro eletrônico]

Recebido em: 19/03/2019

Aprovado em: 24/04/2019

ANÁLISE DA DIMENSÃO NORMATIVA DA TERCEIRIZAÇÃO EM FACE DA REFORMA TRABALHISTA E JURISPRUDÊNCIA DO STF

ANALYSIS OF THE NORMATIVE DIMENSION OUTSOURCING OF THE FACE THE LABOR REFORM AND JURISPRUDENCE OF STF

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson*
Walkyria de Oliveira Rocha Teixeira**
Cristina Alves da Silva Braga***

RESUMO: A pesquisa em tela, fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa, usando-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, adotando-se técnica de pesquisa bibliográfica, tem por desiderato analisar a terceirização da relação de trabalho no sistema jurídico brasileiro tendo por cortes, na análise dogmática, do plexo normativo anterior à reforma trabalhista, aprovação da Lei da Terceirização, a reforma trabalhista e a decisão do STF em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 324 e do Recurso Extraordinário 958.252.

PALAVRAS-CHAVE: Relação de Trabalho. Terceirização. Reforma Trabalhista. Decisão do STF.

ABSTRACT: *On-screen research, using a methodology of qualitative analysis, using the methods of hypothetical-deductive approach of descriptive and analytical character, adopting a technique of bibliographic research, has as a reason to analyze the outsourcing of the working relationship in the system Brazilian legal system having, in dogmatic analysis, cut the normative plexus before the labor reform, approval of the law of outsourcing, labor reform and the decision of the STF on Grounds of Non-Compliance with Fundamental Precept 324 and Extraordinary Appeal 958.252.*

KEYWORDS: *Work Relationship. Outsourcing. Labor Reform. Decision of the STF.*

* *Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte; especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte; especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar; professor efetivo de Direito do Instituto Federal do Rio Grande do Norte, campus João Câmara; autor do livro Curso de Direito Penal – Teoria Geral do Crime – Vol. I (Juruá, art. 2016); Curso de Direito Penal – Teoria Geral da Pena – Vol. II (Juruá, 2017).*

** *Mestre em educação pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte; especialista em Jurisdição e Direito Privado pela ESMARN/UNP; especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela FESMP; auditora federal; advogada; chefe da Auditoria Geral do IFRN.*

*** *Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Anhanguera; advogada e assessora jurídica do Sindicato dos Trabalhadores em Educação Pública do Rio Grande do Norte.*

1 – Das considerações iniciais

A terceirização no setor produtivo tem se configurado em um tema muito presente nas sociedades capitalistas. A discussão, já atravessa décadas¹, retornando ao cenário mundial com a crise financeira do *subprime*, nos Estados Unidos, em 2008², da imperiosa necessidade de reforma na legislação

1 Podemos falar que esse debate, no Brasil, começa a se desenvolver, fortemente, a partir das décadas de 1980 e 1990. “No Brasil, o fenômeno da terceirização encontrou espaço considerável para a sua inserção. Contando com o apoio da frágil legislação trabalhista brasileira, a terceirização adentrou as áreas industriais, passando nas décadas seguintes (1980/1990) a se expandir por outras áreas do mundo do trabalho brasileiro”. (OLIVEIRA, Fernanda Sousa. Terceirização e flexibilização das normas trabalhistas. *Prolegômenos. Derechos y Valores*, Bogotá, vol. XVI, n. 31, enero-junio, 2013, p. 189-201. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87628085011>>. Acesso em: 8 jan. 2015. p. 196).

2 “Alguns fatores foram inéditos e específicos. E é esse o caso, por exemplo, do crescimento descontrolado de derivativos, da multiplicação de operações não padronizadas fora de mercados regulados, das arbitragens com taxas de juros e taxas de câmbio, da opacidade de novos tipos de operações e de fundos de investimento, dos níveis elevados e não controlados de alavancagem, dos conflitos de interesses de agências de classificação de risco, das políticas de remuneração que incentivam os executivos financeiros a uma excessiva exposição de risco e da coexistência de operações entre um conjunto de instituições regulamentadas e outras instituições em mercados com pouca ou sem nenhuma regulamentação. Foi a conjugação desses fatores que levou prejuízos iniciais estimados entre US\$ 300 e US\$ 400 bilhões no mercado americano de hipotecas *subprime* a se converterem numa perda de ativos originados em crédito do sistema financeiro dos Estados Unidos que, pelas estimativas, teria ultrapassado US\$ 2,2 trilhões.

(...)

Combinando assim fatores novos e antigos, que puseram em xeque modos tradicionais de formulação e implementação de política econômica, solaparam os esquemas de crescimento até então prevalentes e revelaram as crescentes dificuldades enfrentadas pelas autoridades governamentais para neutralizar o chamado ‘risco sistêmico’, a crise de 2008 evidenciou o déficit de informação das autoridades nacionais sobre a situação de liquidez global dos bancos. Entreabriu a falta de transparência do setor. E atingiu todos os mercados – do monetário ao de crédito, das bolsas de valores e de mercadorias às operações com opções de compra, contratos futuros e *swaps*. A crise não se circunscreveu apenas a bancos comerciais, a bancos de investimento, a caixas de depósitos. Ela também envolveu instituições não financeiras, como é o caso de seguradoras, de grandes empresas do setor de construção civil e até mesmo de companhias industriais e comerciais. Na busca de valorização dos ganhos financeiros decorrentes de operações cada vez mais complexas, elas assinaram contratos de derivativos cambiais vendendo dólares em valor equivalente a anos de exportação – com a depreciação cambial entre 2007 e 2008, contudo, os prejuízos foram tão vultosos que elas ficaram insolventes, perderam parte expressiva de seu patrimônio e tiveram de ser vendidas, incorporadas ou absorvidas.

Em vez de ter se expandido para financiar a produção e o comércio, desenvolvendo sistemas e mecanismos de gestão de riscos que os habilitassem a financiar as inovações do setor real da economia, os mercados monetário e de crédito e as bolsas de valores cresceram em sentido inverso, com base em títulos negociados por investidores financeiros – como fundos de pensão, fundos de cobertura (*hedge*) e fundos mútuos. Nesse ambiente, bancos e instituições financeiras não bancárias passaram a operar com crescente tolerância a risco, buscando retornos cada vez mais elevados. Com isso, multiplicaram-se as operações especulativas e de curto prazo, em detrimento de investimentos produtivos de médio e longo prazo, o que resultou numa riqueza financeira progressivamente desconectada da riqueza real e num regime de acumulação caracterizado pela ausência de uma regulação firme e eficiente. Nesse contexto, a expansão do crédito bancário hipotecário acabou gerando um círculo vicioso, que levou à formação das chamadas ‘bolhas de ativos’. À medida que a demanda por residências aumentou, o preço dos imóveis se elevou, fomentando com isso maior disponibilidade de crédito. E, quanto maior o crédito, maior a demanda, produzindo, desse modo, uma oferta ainda mais vigorosa de financiamentos.

trabalhista, principalmente, no que tange a figura da Consolidação das Leis do Trabalho, que juntamente com o plexo de direitos fundamentais sociais previsto na Constituição Federal de 1988, tornam a figura do empregado um custo altíssimo de empresa, com base nos fundamentos teóricos do sistema capitalista. Realidade que limita a possibilidade do agente econômico de se adaptar as crises³, bem como fazer frente a uma concorrência, o qual não se limita mais ao ambiente de mercado local⁴ ou mesmo nacional, mas sim global⁵.

Hodiernamente, a concorrência no setor econômico é muito predatória, exigindo um esforço das empresas para reduzir gastos com o objetivo de se adequar ao mercado. Nesse diapasão, as inovações tecnológicas também têm contribuído para pressionar os postos de trabalho. Senão vejamos o que ressalta Delgado, “essa renovação tecnológica intensa eliminava as antes impermeáveis barreiras do espaço e do tempo, extremando a competição capitalista no plano das diversas regiões do globo”⁶.

Além das instabilidades econômicas e do fator concorrência, citado retro, soma-se ao desenvolvimento tecnológico (robotização, microeletrônica, microinformática, hiperconectividade gerado pela internet⁷, etc.), novas formas

A confiança de que esse processo se manteria por longo tempo criou a sensação de que a aquisição de ativos financiado por crédito abundante seria uma operação bastante rentável, o que levou à sua difusão no mercado.” (FARIA, José Eduardo. *O Estado e o direito depois da crise*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 21-23)

3 Cf. CASSAR, Vólia Bomfim. *Princípios trabalhistas, novas profissões, globalização da economia e flexibilização das normas trabalhistas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 40.

4 ““As pessoas dispõem agora não apenas de seu próprio sistema de acesso às informações para entender melhor o que está ocorrendo em seus países ou fora dele, não apenas para discuti-las entre si, mas também do mecanismo de comando e controle para se organizar e tomar uma providência”, acrescenta Mundie. ‘No passado, somente governos e exércitos dispunham desses tipos de sistemas de comando e controle. Agora as pessoas dispõem. E quanto mais essas ferramentas penetram em grandes volumes, mais cai o preço de sua produção e uso, e então mais elas penetram e mais longe se difundem. E, quanto mais se difundem, mais impossível se torna controlar qualquer coisa do centro.’ Mais impossível se torna também manter qualquer coisa no nível ‘local’. Tudo agora flui instantaneamente dos cantos mais remotos de qualquer país para essa plataforma global onde tudo é compartilhado.” (FRIEDMAN, L. Thomas; MANDELBAUM, Michael. *Éramos nós: a crise americana e como resolvê-la*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 80)

5 “É comum ocorrerem crises, em princípio localizadas, ou restritas à esfera interna de certos países, mas que acabam alcançando outras regiões, todo o território nacional, e mesmo outros Estados nacionais, em curto espaço de tempo.” (GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. 70 anos da Consolidação das Leis do Trabalho e reforma trabalhista: o debate sobre a desregulamentação e a flexibilização. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, RT, n. 150, p. 51-57, mar./abr. 2013. p. 52)

6 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso do direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 99.

7 “Se a Terra Plana 1.0 girava em torno de produzir mercadorias e serviços nessa nova plataforma global, a Terra Plana 2.0 gira em torno de tudo isso – mas também de gerar e compartilhar ideias nessa plataforma. Como Craig Mundie, superintendente de Estratégia e Pesquisa da Microsoft, nos disse, o que o PC, a internet e os mecanismos de busca fizeram para as páginas da *web* ‘foi permitir que qualquer pessoa com conectividade achasse qualquer coisa que lhe interessasse’, e o que o PC, o *smartphone*, a internet

de organização de produção e o desafio de combater o desemprego/subemprego, dentre outros fatores, vindo à tona o debate sobre a necessidade de flexibilização das relações de trabalho.

Sobre o assunto lapida a professora Alice Monteiro de Barros:

“Muitos sustentavam que a predominância de normas imperativas nos institutos jurídicos era o fato gerador da crise das empresas, uma vez que lhes retirava as possibilidades de adaptarem-se a um mercado turbulento. Afirmavam que a rigidez daí advinda impedia a competitividade das economias europeias e o aproveitamento das oportunidades de inovação tecnológica.”⁸

Um dos desdobramentos lógicos da pauta de flexibilização das relações de trabalho é a possibilidade de terceirização⁹ da mão de obra de forma indiscriminada, ou seja, evitar o vínculo empregatício (o que reduziria sensivelmente os custos sociais para os empregadores), usando terceiros interpostos para a prestação tanto das atividades meio como das atividades fins, desenvolvida pela empresa.

A questão da terceirização, especificamente, ganha um noval contorno, em 2015, em decorrência da severa crise econômica e política que o Brasil vem passando, fruto de uma gestão da política macroeconômica temerária, onde o cenário fora maquiado com fitos eleitorais, empurrando o Brasil para os horrores da alta da inflação, para um sistema cambiário desgovernado, aumento do desemprego, queda do consumo, déficit nas contas públicas, elevada dos juros, o que acarretou, até mesmo, a perda de grau de investimento do Brasil, pela agência Standard & Poor's (S&P).

e o Facebook estão fazendo 'é permitir que qualquer um ache qualquer pessoa' que lhe interesse – ou ao menos qualquer dos 500 milhões de pessoas que já usam as redes sociais. Elas podem encontrar qualquer um que compartilhe seu interesse especial em tricô, culinária etíope, os New York Yankees, crianças com síndrome de Down, pesquisas sobre câncer, lançar uma jihad contra os Estados Unidos ou derrubar o governo do Egito, da Tunísia ou da Síria.

Quando tantas pessoas conseguem encontrar qualquer coisa ou pessoa mais facilmente que nunca, e podem permanecer em contato mais facilmente que nunca para colaborar na produção de mercadorias, enciclopédias ou revoluções, você está na Terra Plana 2.0 – um mundo hiperconectado. E isso tem implicações profundas.” (FRIEDMAN, L. Thomas; MANDELBAUM, Michael. *Éramos nós: a crise americana e como resolvê-la*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 80)

8 BARROS, Alice Monteiro de. *Curso do direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 68.

9 “Os direitos sociais trabalhistas sofreram forte impacto com a globalização e modificação do processo produtivo, haja vista a alteração das estruturas sociais e econômicas que daí decorreram. A terceirização se apresenta como um fenômeno integrante do movimento de flexibilização das relações de trabalho, e não tem, ainda, no Brasil, regulamentação legal, por meio da qual sejam estabelecidos ou assegurados os direitos dos trabalhadores, que são em número cada vez maior nela envolvidos.” (CASTRO, Maria do Perpétuo Socorro W. de. *Terceirização: uma expressão do direito flexível do trabalho na sociedade contemporânea*. São Paulo: LTr, 2014. p. 127)

Nesse cenário de crise, onde não se vislumbra uma melhora a curto prazo, a terceirização seria uma das formas que o empresariado teria para abrandar suas despesas, diminuindo os custos sociais, fragilizando a situação jurídica do trabalhador em favor do capital¹⁰.

A partir dessa realidade, galgada pelo dinamismo econômico, vê-se no Direito do Trabalho um empecilho à expansão do capital¹¹ e a livre organização do mercado¹², o qual se encontra cada vez mais globalizado e interconectado entre si¹³. De tal sorte, propaga-se um discurso fervoroso de que a Consolidação das Leis do Trabalho está fora do seu tempo, não sendo mais um uma fonte normativa, a contento¹⁴ aos anseios desse mercado hiperconectado.

-
- 10 “A escassez de capital após o estouro das ponto-com levou as companhias de capital de risco a verificar, com redobrado cuidado, se as empresas em que investiam estavam utilizando os meios mais eficientes, de maior qualidade e menor preço para inovar. No apogeu da bolha, diz Haque, não era raro que um investimento de 50 milhões de dólares numa empresa iniciante desse, por ocasião da abertura de seu capital, um retorno de 500 milhões. Depois do estouro, a oferta pública dessa mesma empresa provavelmente chegaria a meros 100 milhões – de modo que os investidores de risco só se dispunham a fornecer 20 milhões para acompanhar os primeiros passos da empresa, até a oferta pública inicial. – Para o capital de risco, a grande questão passou a ser como fazer as empresas em que investiam atingirem logo o ponto de equilíbrio ou darem lucro, para que parassem de drenar seu capital e pudessem ser vendidas *com um bom retorno e liquidez* – salienta Haque. – A solução encontrada por muitos desses investidores foi começar a terceirizar o maior número possível de funções desde o princípio. Como era preciso obter retorno o mais rápido possível, tudo o que fosse possível terceirizar seria terceirizado.” (FRIEDMAN, L. Thomas. *O mundo é plano: uma breve história do século XXI*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005. p. 133).
- 11 “A flexibilização tem sido voltada para o capital, para o aumento da produção. Visa maximizar lucros em decorrência da internacionalização das economias.” (MARTINS, Sergio Pinto. *Flexibilização das condições de trabalho*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 7).
- 12 “Na verdade, a globalização que nos é oferecida não vem acompanhada de um comportamento liberal ou neoliberal dos países centrais, já que impõe barreiras monetárias e alfandegárias. A alta proteção trabalhista e a visão do bem-estar social praticadas na era da administração econômica nacional ocasionam sociedades ocidentais não competitivas em relação às economias industrializadas e, por isso, alguns defendem que tais direitos devem ser drasticamente reduzidos, diminuindo os gastos, possibilitando melhor competitividade no mercado.” (CASSAR, VÓLIA Bomfim. *Direito do trabalho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 26)
- 13 “Com o aumento da competição no mundo cada vez mais globalizado, as empresas tendem a se concentrar na sua atividade-fim, delegando as atividades-meio para parceiros estratégicos ou meros fornecedores de serviços, dependendo da importância da atividade para os resultados da organização. Este processo de desverticalização ou terceirização exige uma análise de cada situação específica e a adequada decisão quanto à sua execução ou não.” (OLIVEIRA, Fernanda Sousa. *Terceirização e flexibilização das normas trabalhistas. Prolegômenos. Derechos y Valores*, Bogotá, vol. XVI, n. 31, enero-junio, 2013, p. 189-201. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87628085011>>. Acesso em: 8 jan. 2015. p. 195)
- 14 “A legislação trabalhista brasileira pode ser comparada a uma máquina ultrapassada, que foi criada para trabalhar, mas que parecia não ter nascido para semelhante fim. A CLT não tem mais a mesma finalidade que tinha quando de sua criação, necessitando ser revista. Uma das formas dessa revisão é verificar mecanismos de flexibilização, de forma a adaptar à realidade de fato à norma jurídica.” (MARTINS, Sergio Pinto. *Flexibilização das condições de trabalho*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 2)

DOCTRINA

“De fato, o ramo justabalhista afirmou-se no período anterior como o mais clássico e abrangente instrumento de políticas sociais surgido no capitalismo, produzindo inquestionável intervenção normativa na economia, em favor, regra geral, de importante distribuição social dos ganhos do sistema econômico. Nesse contexto, a desregulamentação de suas regras ou, pelo menos, sua crescente flexibilização, tudo passou a compor foco destacado na matriz cultural que se generalizou no Ocidente no último quartel do século XX.”¹⁵

Especificamente, no Brasil, após o processo de *impeachment* da Presidente da República Dilma Rousseff, a qual fora cassada em 31 de agosto de 2016, o então vice-presidente, Michel Temer, ao assumir a chefia do Poder Executivo Federal, afirmou que dentre várias medidas para superação da crise econômica e para alavancar o crescimento do Brasil dar-se-ia início as articulações para a promoção da reforma trabalhista.

Nesse contexto de busca de reformas sistêmicas para “promoção” do desenvolvimento econômico e para superação da crise financeira tem-se a publicação da Lei nº 13.429/2017 (“Lei da Terceirização” – a qual altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas), a qual constitui-se de um resgate de um projeto de lei esquecido de 1998, posto o turbulento trâmite do Projeto de Lei nº 4.330/04, o qual não corria com a velocidade desejada pelo governo, no seio do Senado.

A reforma trabalhista nos preceitos do Governo Temer ocorreu por meio da Lei nº 13.467/2017 (publicada em 13 de julho de 2017), que alterou/acrescentou/revogou mais de 200 artigos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), além de dispositivos das Leis ns. 6.019/74 (dispõe sobre o trabalho temporário), 8.036/90 (dispõe sobre o fundo de garantia do tempo de serviço) e 8.212/91 (dispõe sobre a organização da seguridade social, institui plano de custeio).

Se não bastasse todo esse noval conjunto legislativo que impactou fortemente as relações sociais e que ainda estava se moldando e revelando seu contorno com a práxis do dia a dia, o STF, em agosto de 2018, julga, conjuntamente, as duas ações que versavam sobre a constitucionalidade da terceirização, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 324 e do Recurso Extraordinário 958.252, fixando tese quanto à sua licitude.

Desta feita, fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa, usando-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, adotando-se técnica de pesquisa bibliográfica, tem-se por

15 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso do direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 99.

objetivo fazer uma análise da dimensão normativa da terceirização da relação de trabalho no sistema jurídico brasileiro, na realidade atual, tendo em vista o contexto anterior a reforma trabalhista, aprovação da lei da terceirização em 2017, a publicação da reforma trabalhista, a qual entrou em vigor em 2018, e a decisão do STF quanto à licitude da terceirização.

2 – Terceirização antes da reforma trabalhista

2.1 – Do significado da relação de emprego

Com o fortalecimento do Estado Social, em contraposição aos ditames incrustados no pensamento liberal do século XIX, detecta-se uma forte intervenção estatal com o consequente fortalecimento dos direitos fundamentais de segunda dimensão. Destarte, trabalho e capital são elencados a um mesmo patamar protetivo, no qual é possível visualizar a importante carga axiológica de viés protetivo presente na relação de emprego.

Encerra-se a relação de emprego, nos ditames da CLT de 1943 e do arcabouço normativo constitucional da Constituição de 1934 e seguintes, numa relação jurídica bilateral, entre empregador e empregado, de caráter contínuo com a premissa de busca de maior integração do empregado a atividade empresarial, respaldado num manto de direitos e garantias mínimas para a promoção da dignidade da pessoa humana do trabalhador.

Tem-se a transmutação da figura do trabalhador visto de forma pejorativa, como um ser que exercia uma atividade inferior, cuja relação era explicada como uma contração de locação (*locatio operarum*), nos termos civilista¹⁶, para uma realidade cujo trabalho torna-se sinônimo de atividade dignificadora do homem, esculpido numa matriz jurídica de contornos próprios (Direito do Trabalho), vindo o trabalhador a deixar de ser um objeto do direito e galgar o *status* de sujeito de direito.

Em síntese, com a relação de emprego, erguido no seio do *Welfare State*, tem-se a construção de um instituto jurídico, o qual simboliza a proteção máxima ao trabalhador no contexto de economia capitalista, proporcionando um processo de horizontalização dessa relação bilateral, sob os auspícios da normatividade do princípio da igualdade.

16 “Os processos de terceirização que estamos enfrentando talvez nada mais sejam do que o retorno a sistemas de locação de serviços e de empreitada do Direito Civil, embora sob outros rótulos, diante da necessidade de competitividade interna e externa e das crises econômicas que proliferam nos nossos tempos.” (MARTINS, Sergio Pinto. *A terceirização do trabalho*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 160).

2.2 – Da vedação da terceirização

Com fulcro no pensamento de caráter mais voltado para a preservação dos direitos de segunda geração que busca fortalecer a relação laboral, que, inicialmente, no Brasil, qualquer forma de terceirização era completamente vedada.

O telos do microsistema trabalhista sempre foi da perpetuação do vínculo trabalhista, tanto que antes do advento da Lei nº 5.107/66, que institucionalizou o FGTS como forma alternativa, tinha-se o regime de estabilidade decenal previsto no art. 492 da CLT¹⁷, onde o trabalhador com mais de 10 anos de serviço, só poderia ser demitido em face de falta grave ou circunstância de força maior.

Na Constituição Federal de 1988 reconhece-se essa finalidade protetiva na redação do art. 7º, I: “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

Esse direito fundamental promotor da proteção contra a despedida arbitrária, consectário do princípio da continuidade da relação de emprego, fora construído em um longo processo histórico, vindo a ser consolidado como diretriz constitucional desde a Constituição de 1934¹⁸, compondo, expressamente, como direito social nas Constituições seguintes (1937¹⁹, 1946²⁰ e 1967²¹), com a consagração na Constituição cidadã, transformando-o em um direito irreversível no termos do chamado efeito *cliquet* dos direitos fundamentais²².

17 CLT: “Art. 492. O empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas”.

18 Constituição Federal de 1934: “Art. 121. (...) § 1º (...) g) indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa”.

19 Constituição Federal de 1937: “Art. 137. (...) f) nas empresas de trabalho contínuo, a cessação das relações de trabalho, a que o trabalhador não haja dado motivo, e quando a lei não lhe garanta a estabilidade no emprego, cria-lhe o direito a uma indenização proporcional aos anos de serviço”.

20 Constituição Federal de 1946: “Art. 157. (...) XII – estabilidade, na empresa ou na exploração rural, e indenização ao trabalhador despedido, nos casos e nas condições que a lei estatuir”.

21 Constituição Federal de 1967: “Art. 158. (...) XIII – estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente”.

22 “É esse movimento histórico de ampliação e aprofundamento que justifica o princípio da irreversibilidade dos direitos já declarados oficialmente, isto é, do conjunto dos direitos fundamentais em vigor. Dado que eles se impõem, pela sua própria natureza, não só aos Poderes Públicos constituídos em cada Estado, como a todos os Estados no plano internacional, e até mesmo ao próprio Poder Constituinte, à Organização das Nações Unidas e a todas as organizações regionais de Estados, é juridicamente inválido suprimir direitos fundamentais, por via de novas regras constitucionais ou convenções internacionais.” (COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 79)

2.3 – Do processo de mitigação da terceirização

A ruptura com a vedação absoluta da terceirização, permitindo a triangularização da relação empregatícia, deu-se através de duas edições legislativas, as quais regulamentaram situações especialíssimas: Lei nº 6.019/74 (dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas) e a Lei nº 7.102/83 (dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores).

Com a Lei nº 6.019/74 buscou atender a demanda do empresariado quando da necessidade transitória de substituição de mão de obra (v.g., um funcionário de férias, de licença maternidade, afastado em face de acidente de trabalho, etc.) ou quando do acréscimo de serviços extraordinários (v.g., época natalina, carnaval, etc.)²³.

Ter-se-ia uma relação contratual onde a empresa tomadora do serviço (cliente) firmaria um contrato escrito com a empresa de trabalho temporário, a qual forneceria um trabalhador, vindo este a prestar um serviço para o cliente pelo prazo máximo de 3 meses²⁴.

Já com a Lei nº 7.102/83 que vem permitir que a vigilância ostensiva e o transporte de valores de estabelecimentos financeiros sejam executados por empresa especializada contratada²⁵. Tem-se a primeira modalidade de terceirização, no Brasil, na qual se autoriza uma prestação intermitente.

Não se ignora o grande marco que foi o Decreto-Lei nº 200/67, que veio reestruturar a Administração Pública federal, quando do regime militar, vindo a permitir a terceirização na esfera pública, a qual passa a ser regido pelo princípio da descentralização²⁶.

23 Lei nº 6.019/74: “Art. 2º Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços”.

24 Lei nº 6.019/74: “Art. 10. O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora ou cliente, com relação a um mesmo empregado, não poderá exceder de três meses, salvo autorização conferida pelo órgão local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, segundo instruções a serem baixadas pelo Departamento Nacional de Mão-de-Obra”.

25 Lei nº 7.102/83: “Art. 3º A vigilância ostensiva e o transporte de valores serão executados: I – por empresa especializada contratada; ou II – pelo próprio estabelecimento financeiro, desde que organizado e preparado para tal fim, com pessoal próprio, aprovado em curso de formação de vigilante autorizado pelo Ministério da Justiça e cujo sistema de segurança tenha parecer favorável à sua aprovação emitido pelo Ministério da Justiça”.

26 Decreto-Lei nº 200/67: “Art. 6º As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais: (...) III – Descentralização”.

Tal descentralização seria executada, dentre os planos principais, “da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões”²⁷. A ideia era desincumbir a Administração Pública federal de atividades executivas, transferindo para a órbita privada, de forma a desburocratizar a máquina estatal, acelerando as tomadas de decisão e reduzindo os custos, na busca da concretização dos ditames do princípio da eficiência:

“§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.”

Com a Lei nº 5.645/70, a qual veio por determinar as diretrizes de classificação de cargos do serviço civil da União e das autarquias federais, em seu art. 3º, parágrafo único, especificou que atividades em âmbito da Administração Pública federal poderiam ser terceirizadas:

“As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o art. 10, § 7º, do Decreto-Lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.”

Tal modelação de gestão pública, mais tarde, na década de 1990, se alinharia com o processo de desestatização, realizado pelo governo, iniciado com a Lei nº 8.031/90 e seguido pela Lei nº 9.491/97, reflexo, claro, da ideologia neoliberal.

No prelúdio da década de 1980, com o Estado Social em crise e o afloramento das ideias neoliberais, tem-se uma impulsão da terceirização, face a formação de um mercado de serviços e a gradual expulsão dos empregados do âmbito das empresas.

O TST não se omitiu, vindo a pronunciar-se contrário a prática da terceirização (*marchandage* – fornecimento comercial de mão de obra, no sistema francês), reconhecendo a legalidade, apenas, nas hipóteses da Lei nº 6.019/74 e da Lei nº 7.102/83.

27 Decreto-Lei nº 200/67: “Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada. § 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais: a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução; b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio; c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões”.

DOCTRINA

O conjunto jurisprudencial contrário à intermediação de mão de obra fora consolidado na Súmula nº 256, de 30 de setembro de 1986:

“CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03/01/1974, e 7.102, de 20/06/1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.”

A súmula vem reforçar o entendimento presente em um Estado protetivo cujo intento é preservar o trabalhador no âmbito da Administração Pública, bem como na iniciativa privada.

2.4 – Das modalidades lícitas de terceirização – uma construção jurisprudencial da década de 1990

No início da década de 1990 tem-se o ápice do pensamento neoliberal, por assim dizer, repercutindo no Brasil, em um forte processo de terceirização, apesar de a legislação autorizar, apenas, em situações muito adstritas e a Súmula nº 256 do TST vetar o seu uso de forma generalizado.

Com efeito, o Ministério Público do Trabalho requereu, em 1993, ao TST, a revisão de sua súmula, ampliando a hipóteses de terceirização dentro da Administração Pública federal, também, para o âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do Decreto-Lei nº 200/67 e do art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 5.645/70.

Nesse ínterim, o TST, realizou a revisão de forma mais ampla que a solicitada pelo Ministério Público do Trabalho, alargando a hipótese de terceirização não só para as empresas públicas e sociedades de economia mista, mas para todas as entidades de natureza privada, desde que o serviço prestado esteja ligado a atividade-meio do tomador.

De tal sorte, houve o cancelamento Súmula nº 256 do Tribunal Superior do Trabalho, sendo publicado um novo verbete, na figura da Súmula nº 331, que assim sintetizou a matéria da terceirização, no ordenamento jurídico brasileiro:

“Súmula nº 331 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE
(nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) – Res.
174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31/05/2011

DOCTRINA

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03/01/1974).

II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20/06/1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.”

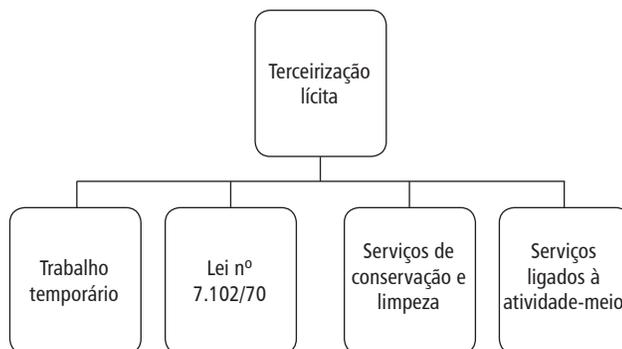
Constata-se que a terceirização, no Brasil, é ilustrada pela normatividade criada pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, nos termos da Súmula nº 331, vindo a configurar fraude, nas balizas do art. 9º da CLT²⁸, todas as formas de terceirização praticada fora dos parâmetros simulados.

De tal sorte, podem-se lapidar como formas de terceirização lícitas, no sistema jurídico trabalhista brasileiro, as situações da Lei nº 6.079/74 (trabalho temporário), da Lei nº 7.102/70 (serviços vigilância ostensiva e o transporte de valores de estabelecimentos financeiros), serviços de conservação e limpeza e serviços especializados ligados à atividade meio do tomador (Súmula nº 331, III, do TST).

28 CLT: “Art. 9º Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

DOCTRINA

Figura 01 – Terceirizações lícitas



Fonte: elaborado pelos autores.

Afere-se que não deve haver o vínculo de pessoalidade e subordinação direta entre o terceirizado e o tomador do serviço, nas hipóteses prescritas na Súmula nº 331 do TST, em face de configurar fraude trabalhista, o que acarretaria o reconhecimento do vínculo empregatício. Excepciona tal regra no caso do trabalhador temporário, em que o mesmo será duplamente subordinado, ficando sobre o comando tanto do tomador do serviço (cliente) quanto da empresa de trabalho temporário.

Outro detalhe fulcral é que o conceito de atividade-fim se determinou por via de exclusão. Ou seja, será considerada atividade-fim aquilo que não for determinado ou fixado como atividade-meio²⁹.

Assim lapida os respectivos conceitos o professor Mauricio Godinho:

“Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.

Por outro lado, atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.”³⁰

29 Cf. DELGADO, Gabriela Neves; AMORIN, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. São Paulo: LTr, 2014. p. 48.

30 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso do direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 438.

Não há dúvida que a definição de atividade-fim e atividade-meio se torna elemento nevrálgico para o aspecto de reconhecimento da terceirização lícita ou ilícita, no ordenamento jurídico brasileiro.

3 – Da terceirização e seu caminho até o STF

Frente às inquietações sociais que se apresentam ao STF, a disputa registrada entre as restrições impostas à terceirização e a crescente demanda pela liberação do instituto, fomentou a reanálise pelo Supremo no que tange ao assunto em destaque. A Corte Constitucional firmou uma espetacular mudança de entendimento, desaguando no reconhecimento da repercussão geral sobre a terceirização.

Segue a contextualização do caso.

A Súmula nº 331 do TST, desde sua publicação em 1993, tem sido respaldada por uma jurisprudência de mais de duas décadas, permanecendo firmes os julgados da Justiça do Trabalho sobre os limites da terceirização, nos termos do verbete retro.

Nas diversas tentativas de se questionar as decisões da Justiça do Trabalho, em sede de recurso extraordinário, no tocante à violação da liberdade de contratar, o STF negou veementemente o recebimento do recurso em face de sua jurisprudência.

Note que as decisões exaradas pelo Tribunal inadmitem o cabimento do recurso extraordinário quando para aferição da violação do princípio da legalidade venha a depender da verificação de normas infraconstitucionais. Em suma, não cabe o recurso extraordinário quando da violação indireta ou reflexa do princípio da legalidade.

Tal entendimento fora cristalizado na Súmula nº 636 (verbetes aprovados em 2003) do STF:

“Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.”

Todavia, o STF, em 2014, no Recurso Extraordinário com Agravo 713.211/MG, interposto pela Cenibra (Celulose Nipo-Brasileira S.A.), empresa multinacional de celulosa, controlada por capital japonês, a qual está entre três maiores produtoras de papel do Brasil, recebeu o aspirado recurso incumbindo-se na apreciação da constitucionalidade da terceirização da atividade-fim das

empresas, face a pretensa violação da liberdade de contratar inferida no princípio da legalidade (art. 5º, II, da Constituição Federal).

Tudo teve início com a ação civil pública (ACP) interposta pelo Ministério Público do Trabalho (MPT), na Justiça do Trabalho de Minas Gerais, contra a Cenibra, embasado nas investigações decorrentes da CPI das Carvoarias, realizada pela Assembleia Legislativa de Minas Gerais, instalada em 2001³¹, onde se constatou a intensa precarização das condições de trabalhos dos serviços terceirizados que envolviam, dentre outras atividades, o de florestamento e reflorestamento, onde é feito o plantio, corte e replantio para fins de extração de madeira, praticado no domínio da Cenibra.

No Processo 01261-2006-013-03-00-0, da 13ª Vara da Justiça do Trabalho de MG, o pleito da ACP do Ministério Público do Trabalho foi de procedência parcial, em 2007, momento marcado pelo reconhecimento dos serviços de florestamento e reflorestamento como atividades ínsitas ao objeto social da Cenibra, bem como a intermediação fraudulenta de mão de obra, determinando no mérito da sentença condenatória que a ré:

“abstenha-se de contratar terceiros para a prestação de serviços relacionados à sua atividade-fim, especialmente o florestamento, o reflorestamento, a colheita florestal, o reparo e o beneficiamento de madeira e ao objeto dos contratos firmados com seus empreiteiros, provendo este tipo de mão de obra, que lhe é essencial, por meio da contratação direta de trabalhadores, com vinculação a seus quadros funcionais e subordinação à sua disciplina interna, garantida toda a gama de direitos trabalhistas, sociais e os contemplados em acordos ou convenções coletivas da respectiva categoria profissional, sob pena de pagamento de multa diária correspondente a R\$ 1.000,00, em favor do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, ou na sua extinção, aos cofres da União, pelo descumprimento da referida ordem judicial.”³²

No recurso ordinário, interposto ao TRT da 3ª Região, a 7ª Turma confirma a condenação feita pelo juiz monocrático, bem como reconhece as práticas antissindiciais perpetradas pela ré e a configuração dos danos morais coletivos solicitados pelo MPT. O respectivo acórdão fora publicado em setembro de 2008.

31 Relatório disponível em: <<http://dspace.almg.gov.br/xmlui/handle/11037/14441>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

32 TRT da 3ª região – Processo 1261-2006-013-03-00-0.

DOCTRINA

Extrai-se desse recurso ordinário o seguinte trecho que retrata a precarização dos terceirizados da Cenibra:

“pelo Relatório Circunstanciado de Ação Fiscal Trabalhista do Ministério do Trabalho e Emprego (fls. 3399 e seguintes, 19º volume), que teve como investigada a reclamada, verifica-se que ‘este procedimento de terceirizar parte das atividades da empresa teve início por volta do ano de 1994. Os empregados que exerciam as funções de trabalhador florestal, operador de motosserra, entre outras funções na Cenibra foram demitidos e contratados, na sua grande maioria, pelas empresas prestadoras de serviços (...) Nas áreas em que o relevo permite a colheita totalmente mecanizada, tais atividades são realizadas por trabalhadores registrados na Cenibra, onde são utilizadas máquinas modernas com alta produtividade, restando às terceirizadas os trabalhos em local de relevo acentuado e em atividades mais perigosas, insalubres ou penosas’.”³³

Contra o acórdão do TRT da 3ª Região, a Cenibra interpõe recurso de revista, não sendo recebido pelo TRT. Em face de tal decisão, a Cenibra agrava da decisão ao TST, alegando diversas matérias de orbita processual e material, como, por exemplo, cerceamento de defesa, ilegitimidade ativa e passiva *ad causam*, litisconsórcio passivo necessário, que a terceirização era de atividade-meio, dentre outros.

No acórdão desse agravo de instrumento em recurso de revista (junho de 2011), a 8ª Turma do TST nega o provimento sob o seguinte fundamento, nos termos da jurisprudência do STF, já citado acima:

“A alegação de afronta ao art. 5º, II, da Carta Magna não impulsiona o recurso de revista, por tratar este dispositivo de princípio genérico cuja violação só se perfaz, quando muito, de forma reflexa ou indireta. Esse é o entendimento consagrado neste Tribunal.”³⁴

Não resiliente, a empresa Cenibra, contra a decisão do TST interpõe recurso extraordinário (RE), ao STF, em maio de 2012, não sendo recebido pelo TST, mais uma vez, pelo entendimento da inadmissibilidade do RE quando da ofensa reflexa aos preceitos constitucionais, conforme a consagrada jurisprudência do STF.

Nesse ínterim, a decisão de não recebimento do RE pelo TST é agravada ao STF, onde o Ministro Relator Luiz Fux, monocraticamente, nega o

33 TRT da 3ª Região – Processo 1261-2006-013-03-00-0.

34 TST, AIRR 126140-27.2006.5.03.0013.

seu seguimento (em 19 de abril de 2013), nos termos da já citada Súmula nº 636 do STF, em que a controvérsia gira em torno da interpretação de normas infraconstitucionais, só maculando a norma constitucional de forma oblíqua.

“Registre-se finalmente que esta Suprema Corte firmou jurisprudência no sentido de que a verificação de ofensa aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da motivação das decisões judiciais, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando dependente do reexame prévio de normas infraconstitucionais, revela ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal, o que, por si só, não desafia a instância extraordinária.”³⁵

Ainda, quando do agravo interno, a Primeira Turma do STF, negou o provimento nos termos do voto do relator, de forma unânime:

“A violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal decorrente da necessidade de análise de malferimento de dispositivo infraconstitucional torna inadmissível o recurso extraordinário. Precedentes: AI 503.093-AgR, Rel^a Min^a Ellen Gracie, DJe 11.12.09; RE 421.119-AgR, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 11.02.05; RE 402.557-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJe 27.04.07; e RE 405.745-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 19.06.09.”³⁶

Apesar de toda uma plêiade argumentativa, onde se percebe um uníssono pensamento, desde a decisão do TRT da 3ª Região, passando pelo TST e nas manifestações iniciais da Suprema Corte, a primeira turma, quando da análise dos embargos declaratórios, já nos idos de 2014, em uma virada de rompanete, confere efeitos modificativos a decisão embargada, reconhecendo os requisitos admissionais do recurso extraordinário.

“2. O *thema decidendum, in casu*, cinge-se à delimitação das hipóteses de terceirização de mão de obra diante do que se compreende por atividade-fim, matéria de índole constitucional, sob a ótica da liberdade de contratar, nos termos do art. 5º, inciso II, da CRFB. Patente, outrossim, a repercussão geral do tema, diante da existência de milhares de contratos de terceirização de mão de obra em que subsistem dúvidas quanto à sua legalidade, o que poderia ensejar condenações expressivas por danos morais coletivos semelhantes àquela verificada nestes autos.

35 STF, Recurso Extraordinário com Agravo 713.211/MG.

36 STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 713.211/MG.

3. Embargos de declaração providos, a fim de que seja dado seguimento ao recurso extraordinário, de modo que o tema possa ser submetido ao Plenário Virtual desta Corte para os fins de aferição da existência de repercussão geral quanto ao tema ventilado nos termos da fundamentação acima.”³⁷

Em seguida, em maio de 2014, o STF reconhece a Repercussão Geral da matéria (Tema de nº 725), vislumbrando que a interpretação sobre a atividade-fim pode repercutir no direito fundamental da livre iniciativa, vindo a ofender diretamente o princípio da legalidade, face uma obrigação não fundada em lei que comprometeria a liberdade empresarial.

“3. O *thema decidendum, in casu*, cinge-se à delimitação das hipóteses de terceirização de mão de obra diante do que se compreende por atividade-fim, matéria de índole constitucional, sob a ótica da liberdade de contratar, nos termos do art. 5º, inciso II, da CRFB.

4. Patente, assim, a repercussão geral do tema, diante da existência de milhares de contratos de terceirização de mão de obra em que subsistem dúvidas quanto à sua legalidade, o que poderia ensejar condenações expressivas por danos morais coletivos semelhantes àquela verificada nestes autos.”³⁸

É importante frisar que, em 2016, o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 713.211/MG sofreu reatuação, passando a ser o Recurso Extraordinário 958.252.

Destaca-se, ainda, que fora protocolado, em 25 de agosto de 2014, uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 324 pela Associação Brasileira do Agronegócio – ABAG, tendo o Ministro Roberto Barroso como relator atual, com o “fim de reconhecer, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a inconstitucionalidade da interpretação adotada em reiteradas decisões da Justiça do Trabalho, as quais vedam a prática da terceirização sem legislação específica aplicável que a proíba, em clara violação aos preceitos constitucionais fundamentais da legalidade, da livre iniciativa e da valorização do trabalho”³⁹.

37 STF, Embargos Declaratórios no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 713.211/MG.

38 STF, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 713.211/MG.

39 STF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 324. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4620584>>. Acesso em: 8 fev. 2019.

4 – Da nova lei da terceirização (Lei nº 13.429/2017)

4.1 – Breve contexto histórico do Projeto de Lei nº 4.330/04

Dos diversos projetos de lei que trata sobre terceirização (são quase trinta projetos de lei) o que se encontra mais adianta em sua tramitação é o Projeto de Lei nº 4.330/04, do Deputado Federal Sandro Mabel, o qual fora apresentado no dia 26 de outubro de 2004.

O respectivo projeto sofreu diversas emendas, sendo sua culminância no mês de abril de 2015, com as pressões dos mais diversos segmentos da sociedade e dos debates acalorados, nas diversas sessões de plenária da Câmara dos Deputados. A versão final foi aprovada na plenária do dia 22 de abril de 2015, com a denominação de Projeto de Lei nº 4.330-I/2004, sendo remetido ao Senado Federal, pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados por meio do Ofício nº 140/2015.

O cerne normativo trazido nesse Projeto de Lei, se aprovado no Senado Federal e sancionado pelo Presidente da República, seria a autorização que liberaria de forma generalizada o uso da terceirização, no âmbito das empresas privadas e equiparadas, independentemente da prestação de serviços estar relacionada às atividades-meio ou atividades-fim da atividade econômica organizada, como se extrai da redação do art. 4º do respectivo projeto:

“Art. 4º É lícito o contrato de terceirização relacionado a parcela de qualquer atividade da contratante que obedeça aos requisitos previstos nesta Lei, não se configurando vínculo de emprego entre a contratante e os empregados da contratada, exceto se verificados os requisitos previstos nos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.” (Grifos nossos)

No próprio conceito de terceirização dado no Projeto de Lei supra, não é feito qualquer distinção entre a atividade-meio e a atividade-fim, deixando de ter relevância normativa para traçar os limites da terceirização:

“Art. 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

I – terceirização: a transferência feita pela contratante da execução de parcela de qualquer de suas atividades à contratada para que esta a realize na forma prevista nesta Lei.”

Em evento da Anamatra, o professor Mauricio Godinho criticou durante o respectivo projeto, tendo em vista que o mesmo deveria restringir a já epidemia que é a terceirização no Brasil, o qual precariza o trabalhador, causando redução

de salários, aumento dos acidentes de trabalhos, fragilizando a organização sindical, comprometendo até mesmo a existência de categorias profissionais:

“Eu nunca vi um projeto de precarização do trabalho tão impactante como esse, de tamanha amplitude e efeitos danosos, que desrespeita dezenas de milhões de pessoas que vivem do trabalho. (...)

(...) É como se o brasileiro fosse o problema do Brasil. Trata-se de uma visão retrógrada, com saudades do século XIX, ou embevecida pela precarização de certas realidades asiáticas. É como se o trabalhador fosse uma matéria-prima que tem de ser cada vez mais barata, ao invés de ser um partícipe e co-construtor das empresas e do Brasil. (...)

A terceirização, ao reverso do que o projeto faz, tem de ser restrita. O projeto teria de restringir a terceirização, pois ela já se tornou uma epidemia; epidemia restringe-se e se controla; ou seja, coloca-se o fenômeno dentro de margens de segurança, ao invés de se instigar a sua generalização. O PL não regulamenta, restringindo, a terceirização; ele, na verdade, desregulamenta, liberaliza, generaliza o fenômeno da terceirização.”⁴⁰

4.2 – A terceirização através da Lei nº 13.429/2017

A Lei nº 6.019/74, que versa sobre trabalho temporário nas empresas urbanas, sofreu alteração no início de 2017 por meio da Lei nº 13.429, a qual fora fruto de articulação do presidente da Câmara dos Deputados (à época, o deputado federal pelo Estado do Rio de Janeiro e filiado ao DEM, Rodrigo Maia), tendo a dificuldade e demora na aprovação do Projeto de Lei nº 4.330-I/2004 que remodelava a terceirização, no Brasil, deu encaminhamento a um projeto de lei antiquíssimo, Projeto de Lei nº 4.302/98, proposto na época pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, o qual já tinha sido retirado de pauta, em 2003, pelo ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva.

Por óbvio que a referida lei fora questionada quanto à sua constitucionalidade, sendo identificadas três ações diretas de inconstitucionalidade, ADI 5.685 ajuizado pelo partido Rede Sustentabilidade, ADI 5.686 impetrado pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL) e ADI 5.687 que tem por autor o Partido dos Trabalhadores e Partido Comunista do Brasil.

40 Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/index.php/noticias/mauricio-godinho-afirma-que-regulamentacao-da-terceirizacao-vai-esvaziar-o-papel-da-justica-do-trabalho>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

É importante apontar que a Lei nº 13.429/2017 altera o conteúdo normativo da Lei nº 6.019/74, que passa a versar não só sobre trabalho temporário como sobre a terceirização através de empresa de prestação de serviços⁴¹.

A lei retomada, quando de sua publicação, ficou extremamente mal afamada sendo ventilado de forma geral, pela imprensa, quanto à liberação irrestrita da terceirização.

Ao se atentar ao que já fora explicitado nesse ensaio sobre hipóteses de terceirização lícita, no caso de trabalho temporário, nunca houve impedimento do uso de trabalhador temporário em relação à atividade-fim, posto que o serviço é decorrente de “fatores imprevisíveis ou, quando decorrente de fatores previsíveis, tenha natureza intermitente, periódica ou sazonal”, conforme bem explicita o § 2º do art. 2º da Lei nº 6.019/74 acrescentado pela Lei nº 13.429/2017⁴².

Ou seja, a nova redação prescrita no art. 9º, § 3º só reitera o que já era praticado na realidade trabalhista e considerado lícito:

“Art. 9º (...)

§ 3º O contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços.”

Constate que a redação original do art. 2º da Lei nº 6.019/74 possui o mesmo conteúdo normativo:

“Art. 2º Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, *para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços.*” (grifo nosso)

41 Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Terceirização*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 52. “Com efeito, podemos dizer que a encimada lei transformou a Lei Federal nº 6.019/74 em verdadeira Lei Geral de Terceirização – LGT do trabalho no Brasil (...)”. SILVA, Paulo Renato Fernandes da. A nova lei de terceirização do trabalho no Brasil. In: GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas; MARTINEZ (Coord.). *Desafios da reforma trabalhista*: de acordo com a MP nº 808/2017 e com a Lei nº 13.509/2017. São Paulo: RT, 2017. p. 364. “A despeito dessa particularidade, que importará em arguições de toda natureza, fato é que a citada Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017, no influxo da chamada Era Temer, transformou o então diploma normativo (Lei nº 6.019/74) que cuidava exclusivamente da ‘terceirização de trabalhadores mediante o contrato de trabalho temporário’ num microssistema que passou a tratar conjuntamente tanto da citada ‘terceirização de trabalhadores’ (ou intermediação ode mão de obra, como preferem) quanto da terceirização de serviços’ através de empresa prestadora de serviços a terceiros”. (MARTINEZ, Luciano. *Reforma trabalhista*: entenda o que mudou. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 247)

42 Lei nº 6.019/74: “Art. 2º Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, *para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços.*” (grifo nosso)

DOCTRINA

Destaca-se que a Lei nº 13.429/2017 tem maior ênfase, no que tange a redação original da Lei nº 6.019/74, é em relação à inserção do conceito de empresa prestadora de serviços, a qual só pode ser pessoa jurídica. Na redação original permitia pessoa jurídica e física. *In verbis*:

<i>Redação anterior</i>	<i>Redação dada pela Lei nº 13.429/2017</i>
<i>Art. 4º Compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos. (Grifos nossos)</i>	<i>Art. 4º Empresa de trabalho temporário é a pessoa jurídica, devidamente registrada no Ministério do Trabalho, responsável pela colocação de trabalhadores à disposição de outras empresas temporariamente. (Grifos nossos)</i>

Quanto ao conceito de empresa prestadora de serviços a terceiros assim a Lei nº 13.429/2017 prescrevia no art. 4º-A: “(...) é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos”⁴³.

Por mais que o intento do empresariado fosse a permissão da terceirização de forma ampla e irrestrita, a redação supra não favorecia, permitindo um grande embate quanto ao sentido de “serviços determinados e específicos”, posto a possibilidade de terceirização da atividade-fim no trabalho temporário, o que não oferecia segurança jurídica ao empresariado, os quais ficariam na dependência da interpretação dada pelos tribunais⁴⁴.

Afirma que se fosse o telos do legislador permitir a terceirização da atividade fim teria repetido na parte que tratava de empresa prestadora de serviços a terceiros a redação do § 3º do art. 9º que se destinava a trabalho temporário.

43 “(...) Serviço específico (ou especificado) é aquele previamente delimitado quanto à sua extensão, pouco importando se é ‘especializado’ ou não; pouco importando se a empresa cliente tem a mesma expertise ou não. O relevante agora é apenas que o trabalhador terceirizado não realize atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato. Essa é a lógica do serviço determinado e específico ou, como aqui se denomina, do ‘serviço especificado’.

(...)

Exemplo: um banco, que tem expertise no manejo com o mercado de capitais, pode, em face da nova lógica estabelecida pela Lei nº 13.429, de 2017, contratar um empresa que lhe ofereça o serviço especificado de alimentação dos caixas eletrônicos e de registro de suas operações, mas não pode utilizar os trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato.” (MARTINEZ, Luciano. *Reforma trabalhista*: entenda o que mudou. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 255)

44 “Foi alterada pela reforma trabalhista a redação do art. 4º-A da Lei nº 6.019/74, pois sua redação mencionava que a empresa prestadora de serviços deveria prestar serviços ‘determinados e específicos’ à contratante. A redação gerava controvérsias a respeito da possibilidade ou não de se terceirizar atividade-fim. A dúvida ocorria porque o legislador, quando tratou do trabalho temporário, foi claro em autorizar a terceirização em atividade-fim”. (CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Método, 2017. p. 87-88)

É nesse sentido que lapida Vander Brusso da Silva e Geancarlos Lacerda Prata:

“(…) O legislador ordinário, ao redigir o § 3º do art. 9º da Lei nº 6.019/74, não almejou permitir que a terceirização geral contemplasse as *atividades-fim* das empresas tomadoras de serviço. Permitiu-se, na época, a terceirização de serviços *determinados e específicos*, porquanto que a intenção legislativa de se autorizar a terceirização geral para toda e qualquer atividade das empresas tomadoras de serviço somente se consumou com a promulgação da Lei nº 13.467/2017, dando nova redação ao art. 5º-A da Lei nº 6.019/74.”⁴⁵

Apesar da lei, o elemento nevrálgico para determinação do que seria terceirização lícita ou ilícita continuaria a permear a noção de atividade fim e atividade meio. Provavelmente, em face dos precedentes da Justiça do Trabalho, os serviços determinados e específicos seriam interpretados como os serviços periféricos que dão suporte a atividade-fim da empresa.

5 – Impacto da reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017) na terceirização

A Lei nº 13.467/2017 (reforma trabalhista) realizou ajustes como em relação à redação do art. 4º-A, elucidando o tipo de atividade que o contratante poderia realizar⁴⁶. No caso ampliando para as atividades principais do empreendimento econômico. *In verbis*:

Redação anterior	Redação dada pela Lei nº 13.467/2017
Art. 4º-A. Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos . (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017) (Grifos nossos)	Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, <i>inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível</i> com a sua execução. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017) (Grifos nossos)

45 SILVA, Vander Brusso da; PRATA, Geancarlos Lacerda. A terceirização no Brasil. In: GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas; MARTINEZ (Coord.). *Desafios da reforma trabalhista*: de acordo com a MP nº 808/2017 e com a Lei nº 13.509/2017. São Paulo: RT, 2017. p. 399.

46 “Houve alteração de parte da Lei do Trabalho Temporário, quanto ao tema da terceirização, ou seja, toda celeuma em torno da aprovação, em março de 2017, da terceirização da atividade-fim ou da atividade-meio caiu por terra, porque apenas quatro meses mais tarde a Lei nº 13.467/2017 trouxe tintas ainda mais pesadas na liberação do regime de terceirização no Brasil. (...)” (SILVA, Homero Batista Mateus da Silva. *Comentários à reforma trabalhista*: análise da Lei nº 13.467/2017 – artigo por artigo. São Paulo: RT, 2017. p. 188)

Com a redação da Lei nº 13.467/2017 fica claro a norma permissiva quanto à terceirização da atividade principal⁴⁷, configurando como lícita a terceirização de forma ampla e geral⁴⁸. De tal sorte, o uso das definições de atividade-meio e atividade-fim deixa de ser utilizada para caracterização da terceirização lícita e ilícita⁴⁹.

Quanto à concepção de terceirização no sistema brasileiro, após a reforma trabalhista, assim explicita Luciano Martinez:

“A legislação simplesmente admite que uma empresa contrate outra para a prestação de determinado serviço, ainda que esse serviço coincida com a sua atividade-fim. Houve, portanto, uma desnaturação, uma desfiguração, uma adulteração, uma descaracterização daquilo que era da natureza da terceirização. Atualmente, portanto, a definição de terceirização no ordenamento jurídico brasileiro é a seguinte: *técnica de organização do processo produtivo por meio da qual uma empresa, entendida como tomadora ou cliente, por conveniência ou oportunidade, contrata outra empresa, compreendida como prestadora, para prestar-lhe qualquer serviço em uma das suas atividades, inclusive no âmbito de sua atividade principal.*”⁵⁰

47 “A redação reformada de março de 2017 não contemplava a terceirização da atividade-fim, para o regime de terceirização em geral, mas apenas para o trabalho temporário. Então, a reforma da reforma usou a expressão ‘atividade principal’. Ainda assim, não recomendo nenhum cântico de vitória, pois não se sabe como a jurisprudência encarará exatamente esta proposta de uma empresa não empreender seu próprio objeto social, delegando-o integralmente a terceiros – donde a expressão terceirização irrestrita. Aliás, até mesmo o enquadramento tributário me parece que ficará em xeque, porque se uma metalúrgica não desenvolve a metalurgia, mas delega todo o processo produtivo para uma empresa prestadora de serviços de metalurgia, então talvez ela não seja uma metalúrgica, mas uma empresa de gerenciamento de contratos de terceirização. Desnecessário dizer da confusão que haverá no enquadramento sindical e na negociação coletiva, pois a empresa suscitada talvez não tenha nenhum empregado metalúrgico, ao passo que a empresa terceirizada dirá que ela não é metalúrgica mas empreendimento especializado em prestação de serviços terceirizados.” (SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*: análise da Lei nº 13.467/2017 – artigo por artigo. São Paulo: RT, 2017. p. 189-190).

48 Enunciado da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA que entende como inconstitucional o art. 4º-A introduzido pela reforma trabalhista. “O *caput* e § 1º do art. 4º-A da Lei 6.019/1974 (que autorizam a transferência de quaisquer atividades empresariais, inclusive a atividade principal da tomadora, para empresa de prestação de serviços), são incompatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro (art. 7º, I, CRFB/88 e arts. 3º e 9º, CLT), pois implicam violação do princípio da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho (arts. 1º, IV; 5º, § 2º; 6º, 170 e 193, todos da CRFB/88 e Constituição da OIT). Presentes os requisitos do art. 3º da CLT, forma-se vínculo de emprego direto com a empresa tomadora de serviços. (Enunciado Aglutinado nº 11 da Comissão 6)”. (FELICIANO, Guilherme Guimarães; MIZIARA, Raphael (Org.). *Enunciados da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA*. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1oZL9_JohYjNlnVvehEzYDp-bl0fcF6i6/view>. Acesso em: 10 fev. 2018.).

49 Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Terceirização*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 155.

50 MARTINEZ, Luciano. *Reforma trabalhista*: entenda o que mudou. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 247.

DOCTRINA

Todavia, é importante perceber a existência de um quadro normativo que delimita contornos para a licitude dessa terceirização geral.

Primeiramente fica evidenciado que só é possível ser feita com pessoa jurídica de direito privado (art. 4º-A, *caput*), o que impedi que seja feito com pessoa física; necessita estar registrado na junta comercial (art. 4º-B, II). O que importa dizer é que tem que ser uma pessoa jurídica que se molde ao conceito de empresário do art. 966 do Código Civil; que possua capital social compatível com o número de empregados (art. 4º-B, III), de sorte a preservar a capacidade econômica da empresa⁵¹; devendo ser celebrado, necessariamente, por meio de contrato escrito (art. 5º-C); não pode figurar como contratada a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos 18 meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados (art. 5º-C); o empregado que for demitido não poderá prestar serviços para esta mesma empresa na qualidade de empregado de empresa prestadora de serviços antes do decurso de prazo de dezoito meses, contados a partir da demissão do empregado (art. 5º-D); e é vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços (art. 5º-A, § 1º).

Além disso, em face da primazia da realidade, não pode existir relação de pessoalidade e de subordinação entre o empregado terceirizado e o tomador de serviços.

Havendo o descumprimento dos termos acima descritos, pode-se afirmar que se estará diante de uma terceirização ilícita configurando-se vínculo empregatício.

“No contrato de prestação de serviço, de que trata o art. 4º-A, *caput*, da Lei nº 6.019/74, com redação dada pela Lei nº 13.467/2017, a execução autônoma da atividade por empresa prestadora de serviço pressupõe: (a) que a empresa prestadora contrate e remunere os empregados necessários

51 “Há uma virtude a ser enaltecida na redação apressada da reforma da Lei nº 6.019/74: o art. 4º-A admite que a prestadora de serviços somente pode ser considerada aquela que tenha idoneidade financeira ou ‘capacidade econômica compatível com sua execução’. Logo, aquela pletera de empresas de fachada que atravancam o fluxo das audiências trabalhistas, bem como todos os numerosos aliciadores de mão de obra, popularmente chamados de ‘gatos’, e, ainda, aqueles esquemas de colocar o *maitre* como prestador de serviços terceirizados de garçons ou o *motoboy* mais antigo como fornecedor dos serviços de entregas motorizadas feitas pelos colegas, nada disso poderá ser considerado modalidade válida de terceirização – agora por força da própria lei. Terceirizar serviços para empresas sem capacidade financeira compatível com sua execução já desafiava a lógica e, agora, desafia o texto legal. Será considerada terceirização ilegal.” (SILVA, Homero Batista Mateus da Silva. *Comentários à reforma trabalhista: análise da Lei nº 13.467/2017* – artigo por artigo. São Paulo: RT, 2017. p. 190)

DOCTRINA

à execução da atividade, exercendo com exclusividade a direção de seu trabalho (art. 4º-A, § 1º); e (b) que a empresa contratante se abstenha de utilizar a mão de obra contratada pela prestadora de serviço para finalidade distinta da prevista no contrato (art. 5º-A, § 1º). *A presença de subordinação pessoal ou estrutural de trabalhador intermediado em relação à empresa contratante descaracteriza a prestação de serviço, ensejando reconhecimento de vínculo de emprego com o tomador dos serviços (art. 9º da CLT).*” (Enunciado nº 12 da Comissão 6)⁵² (grifos nossos)

O que se torna alvo para críticas pertinentes são os parâmetros do capital social em relação ao número de empregados aos quais não se permite uma segurança financeira satisfatória em face de uma futura demanda trabalhista por descumprimento das normas protetivas ventiladas na Constituição e CLT. Transcreve-se, abaixo, a redação legal:

“Art. 4º-B. (...)

III – capital social compatível com o número de empregados, observando-se os seguintes parâmetros:

a) empresas com até dez empregados – capital mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

b) empresas com mais de dez e até vinte empregados – capital mínimo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais);

c) empresas com mais de vinte e até cinquenta empregados – capital mínimo de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais);

d) empresas com mais de cinquenta e até cem empregados – capital mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais); e

e) empresas com mais de cem empregados – capital mínimo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).”

Da forma que está posto no disposto legal retro, tem-se precarização do trabalhador, terceirização que invariavelmente vai acionar a empresa tomadora de serviço de forma subsidiária⁵³.

52 FELICIANO, Guilherme Guimarães; MIZIARA, Raphael (Org.). *Enunciados da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA*. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1oZL9_JohYjNInVvehEzYDp-bl0fcF6i6/view>. Acesso em: 10 fev. 2018.

53 Lei nº 6.019/74: “Art. 5º-A. (...) § 5º A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991”.

A melhor interpretação seria entender o art. 4º-B, III como requisito para constituição da empresa terceirizada. A comprovação da capacidade econômica deve ser dada antes da pactuação do contrato e durante sua execução. Esse entendimento é ventilado em enunciado da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da Anamatra:

“A capacidade econômica da empresa prestadora de serviços, compatível com a execução do contrato, nos termos do art. 4º-A da Lei nº 6.019/74, deve ser aferida pela contratante no ato da contratação e no curso do contrato, e não se restringe à observância do capital social mínimo exigido pelo art. 4º-B, inciso III, que é requisito de funcionamento e que deve estar integralizado. Consiste, mais, na situação econômica positiva para cumprir todos os compromissos decorrentes da atividade contratada, pressupondo: (a) pactuação de preço do serviço compatível com os custos operacionais (comerciais, trabalhistas, previdenciários, tributários etc.); e (b) inexistência de passivo comercial, trabalhista, previdenciário e/ou fiscal, decorrente de outro(s) contrato(s), que constitua risco ao adimplemento contratual. (Enunciado Aglutinado nº 9 da Comissão 6).”⁵⁴

Outro ponto criticável que prejudica o trabalhador terceirizado, que estranhamente fora alterado pela Lei nº 13.467/2017, cinge-se em tornar facultativa a equivalência de salário entre os terceirizados e empregados do tomador. Situação diversa que se sucede em matéria de trabalho temporário⁵⁵.

Lembrar a regra constitucional fruto do princípio da isonomia que proíbe “distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos” (art. 7º, XXXII, da Constituição Federal). De sorte que vislumbra mácula a regramento constitucional o conteúdo normativo ventilado no art. 4º-C, § 1º pela lei da reforma trabalhista que permite a faculdade na equivalência salarial⁵⁶.

54 FELICIANO, Guilherme Guimarães; MIZIARA, Raphael (Org.). *Enunciados da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA*. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1oZL9_JohYjNInVvehEzYDp-bl0fcF6i6/view>. Acesso em: 10 fev. 2018. p. 15-16.

55 Lei nº 6.019/74: “Art. 4º-C. (...) § 1º Contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo”.

56 “(...) É evidente que a negativa de salário equivalente dificilmente passará pelo crivo da verificação da constitucionalidade, pois, no termos do texto fundamental, refogem aos objetivos da República quaisquer formas de discriminação.” (MARTINEZ, Luciano. *Reforma trabalhista*: entenda o que mudou. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 258)

Nesses termos se afere em enunciado da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da Anamatra:

“Os empregados das empresas terceirizadas têm direito de receber o mesmo salário dos empregados das tomadoras de serviços em mesmas atividades, bem como usufruir de iguais serviços de alimentação e atendimento ambulatorial. Viola os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III e 5º, *caput*, da Constituição da República) o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 4º-C da Lei nº 6.019/74, ao indicarem como mera faculdade o cumprimento, pelo empregador, desses deveres constitucionais. Aplicação dos arts. 1º, III, 3º, I, 5º, *caput* e 7º, XXXII, da Constituição da República. (Enunciado Aglutinado no 7 da Comissão 6).”⁵⁷

Vislumbra-se como pernicioso a possibilidade da “terceirização da terceirização”, previsto na parte final do art. 4º-A, § 1º (“*A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços*” – grifos nossos) bem como do instituto da “quarteirização”, posto que fragilizaria a já delicada relação de terceirização permitindo um ambiente propício a fraudes na relação de trabalho⁵⁸.

Para fins de esclarecimento, a “quarteirização” consistiria na terceirização da gestão da terceirização, onde a tomadora de serviço contrata uma empresa intermediária para administrar a contratação de empresas terceirizadas de prestação de serviços. Já na “terceirização da terceirização” (terceirização em cadeia), a empresa terceirização terceiriza (subcontrata) outra empresa para prestar o serviço originariamente contratado⁵⁹.

57 FELICIANO, Guilherme Guimarães; MIZIARA, Raphael (Org.). *Enunciados da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA*. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1oZL9_JohYjNInVvehEzYDp-bl0fcF6i6/view>. Acesso em: 10 fev. 2018. p. 15.

58 “Para muitos estudiosos do Direito do Trabalho, em especial para o Ministério Público do Trabalho (MPT), a *quarteirização* poderá ensejar um aumento substancial de fraude aos direitos trabalhistas, tendo em vista a fragilidade desse instituto e das práticas reiteradas de fraude perpetradas pelos empresários através da terceirização. (...)” (SILVA, Vander Brusso da; PRATA, Geancarlos Lacerda. A terceirização no Brasil. In: GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas; MARTINEZ [Coord.]. *Desafios da reforma trabalhista – de acordo com a MP nº 808/2017 e com a Lei nº 13.509/2017*. São Paulo: RT, 2017. p. 406). A lei permite (parte final do § 1º do art. 4º-A) que a empresa que terceiriza possa subcontratar serviços de outra. Ai está a permissão da “quarteirização”, um verdadeiro absurdo! Assim, uma empresa tomadora contrata uma empresa para que esta contrate outra para contratar empregado de uma empresa para que esta contrate outra para contratar empregado para colocar na tomadora (CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Método, 2017. p. 88).

59 “Apesar de a ‘terceirização em cadeia’ ser imensamente nociva, o referido dispositivo constante do § 1º do art. 4º-A abre portas inclusive para ela, pois não dá limites para a originária empresa prestadora de serviços subcontratar outras tantas empresas para a realização dos serviços a ela confiados. Nessas

Por fim, destaca-se que com o fim de evitar a pejotização, o qual cresce em larga escala no Brasil, veda-se a terceirização pela pessoa física, de sorte que não se admite a contração de empresa individual (Eireli) nos termos do art. 980-A do Código Civil⁶⁰.

Com o fito de obstaculizar essa prática perniciosa a reforma trabalhista impediu a terceirização com a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos 18 meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício. Acrescente a essa cláusula de barreira o impedimento do empregado que tiver sido demitido de prestar serviços para esta mesma empresa na qualidade de empregado de empresa prestadora de serviços antes do decurso de prazo de dezoito meses, contados a partir da demissão⁶¹.

“Deve ser destacado que nem a Lei nº 13.429/2017 e nem a Lei nº 13.467/2017 permitiram a utilização de pessoa jurídica para mascarar relação de emprego. E da mesma forma, apesar de a decisão do Supremo Tribunal Federal ter sido no sentido de que é possível a terceirização irrestrita, isto não significa dizer que é possível utilizar a ‘pejotização’. Assim, este tipo de contratação sempre foi e continua sendo proibida,

situações caberá à empresa cliente, se for o caso, vedar contratualmente a subcontratação ou, pelo menos, admiti-la somente mediante a sua expressa anuência. A empresa cliente deve ter essa atenção, porque eventual caracterização de ilícito trabalhista implicará a formação de vínculo diretamente com ela.” (MARTINEZ, Luciano. *Reforma trabalhista*: entenda o que mudou. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 250)

- 60 Código Civil: “Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País. § 1º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão ‘EIRELI’ após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada. § 2º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade. (...)”
- 61 “(...) a reforma trouxe um ponto interessante, mas cuja eficácia somente poderá ser compreendida ao longo dos anos: uma cláusula de barreira para a pejotização. Empregados efetivos ou trabalhadores terceirizados somente poderão ser pejotizados depois de 18 meses de quarentena. Pejotizado significa, em rápidas palavras, contratado para prestar serviços sob a forma de pessoa jurídica, quer dizer, o empregado constituiu uma empresa prestadora de serviços e se torna ele próprio o terceirizado da empresa tomadora. Isso é bastante comum em diversos segmentos. Embora o discurso mais ouvido seja no sentido de o empregado ter optado por ganhos maiores, como um pequeno empreendedor, é corriqueira a denúncia de que essa era a única forma de contratação da tomadora e de que às vezes a empresa já está montada, atendo-se o empregado a assinar os documentos societários, a serem cuidados pelo mesmo tomador da empresa tomadora e às expensas dessa. O crescimento alarmante da pejotização, como uma técnica habitual de planejamento tributário e trabalhista, banalizou a terceirização a níveis irreversíveis, varrendo do mapa do emprego categorias inteiras na área da saúde, da informática ou da consultoria.” (SILVA, Homero Batista Mateus da Silva. *Comentários à reforma trabalhista*: análise da Lei nº 13.467/2017 – artigo por artigo. São Paulo: RT, 2017. p. 190-191). Cf. MARTINEZ, Luciano. *Reforma trabalhista*: entenda o que mudou. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 249.

sob pena de caracterizar vínculo direto com o contratante, com aplicação do art. 9º da CLT e estando presentes os requisitos do art. 3º da CLT.”⁶²

6 – Da repercussão normativa da decisão do STF quanto à terceirização

Em 30 de agosto de 2018, o pleno do STF, por 7 votos a 4, em julgamento conjunto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 324 e do Recurso Extraordinário 958.252, decidiram pela constitucionalidade da terceirização irrestrita, independente de considerações no caso concreto quanto atividade-meio ou fim, superando a referida distinção.

O acórdão, até a presente data, ainda não fora publicado. Todavia, transcreve-se abaixo a tese da repercussão geral veiculada no DJE:

“O Tribunal, no mérito, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente o pedido e firmou a seguinte tese: *1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada.* 2. Na terceirização, compete à contratante: *i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada;* e *ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei nº 8.212/93, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Nesta assentada, o Relator esclareceu que a presente decisão não afeta automaticamente os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada.* Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 30.08.2018.”⁶³ (grifos nossos)

A decisão retro do STF, apesar de criticável, no que tange a fins de proteção a coesão dos grupos de trabalhadores, vem por alinhar com o preconizado pelo legislador através da Lei nº 13.467/2017 e com as intenções da classe empresária. Fica evidente que na ponderação entre a liberdade empresarial, manifesto através do princípio da livre iniciativa face o valor do trabalho, preponderou o primeiro⁶⁴.

62 SILVA, Marilda Silva Feracioli. Alterações na terceirização: as inovações das Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017 e o julgamento do STF. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, v. 8, n. 72, out. 2018, p. 112. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=72&edicao=10930#>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

63 STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 324. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

64 Constituição Federal de 1988: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)”

Frisa-se que muito além de consolidar as prescrições ventiladas na reforma trabalhista de 2017, a decisão do STF tem por escopo acarretar um efeito *ex tunc* em relação a todas as práticas de terceirização anteriores a citada reforma, podendo ser aplicado aos processos em andamento⁶⁵, que se discute a licitude da terceirização, obedecendo, é claro, o instituto da coisa julgada.

7 – Considerações finais

Não se nega a realidade fática decorrente da globalização e do processo de aplanamento do mundo. Todavia, no contexto atual em que se apresenta a realidade brasileira, a adoção ampla da terceirização acarretará em uma maior vulnerabilidade ao trabalhador, ocasionando menores salários, fragilização do movimento sindical, maiores riscos para a saúde do trabalhador, vindo de encontro com os vetores axiológicos dos direitos sociais esculpidos pelo constituinte originário de 1988, representando um verdadeiro retrocesso social.

Apesar de não concordamos com a decisão do STF, em sede do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 324 e do Recurso Extraordinário 958.252, e com as prescrições da Lei nº 13.467/2017 (reforma trabalhista) que permitem a terceirização independentemente de o serviço constituir atividade-meio ou fim, algumas prescrições normativas devem ser postas com clareza.

Terceirização está permitida de forma geral no sistema jurídico brasileiro, não se restringindo mais apenas as hipóteses de trabalho temporário (Lei nº 6.019/74), de serviços vigilância ostensiva e o transporte de valores de estabelecimentos financeiros (Lei nº 7.102/70), serviços de conservação e limpeza e serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador.

Todavia, isso não prescreve autorização do uso de pessoa jurídica para intermediação de mão de obra. Estando presente pessoalidade e a subordinação, ter-se-á fraude no contrato de terceirização devendo ser reconhecido a relação de trabalho nos termos do arts. 2º, 3º e 9º da CLT.

A terceirização lícita precisa ocorrer da seguinte maneira: só é possível ser feita com pessoa jurídica de direito privado que possua capital social compatível com o número de empregados, de sorte a preservar a capacidade econômica da empresa; devendo ser celebrado, necessariamente, por meio de contrato escrito. Perceba que não pode figurar como contratada a pessoa jurídica cujos titulares

65 Fora estimado algo em torno de 4 mil ações onde se discute à questão da terceirização, anterior a reforma trabalhista. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/08/30/maioria-do-stf-vota-a-favor-de-autorizar-terceirizacao-da-atividades-fim.ghtml>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

ou sócios tenham, nos últimos 18 meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados. O empregado que for demitido também não poderá prestar serviços para esta mesma empresa na qualidade de empregado de empresa prestadora de serviços antes do decurso de prazo de dezoito meses, contados a partir da demissão do empregado; e é vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços.

A inobservância de qualquer dos requisitos legais prescritos pelas Leis ns. 13.429/2017 e 13.467/2017 que modificaram a Lei nº 6.019/74 tornam a terceirização ilícita, o que resulta no reconhecimento da relação de trabalho entre o empregado terceirizado e a empresa tomadora.

Referências bibliográficas

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso do direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil: atualizada até a Emenda Constitucional nº 99*. Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

_____. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 27 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

_____. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 9 de agosto de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

_____. Lei nº 5.645, de 3 de janeiro de 1970. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 4 de janeiro de 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

DOCTRINA

_____. Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 4 de janeiro de 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

_____. Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 de abril de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8031.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

_____. Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9491.htm#art35>. Acesso em: 10 fev. 2019.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

_____. Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017. Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 31 de março de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13429.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

_____. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 14 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

_____. *Princípios trabalhistas, novas profissões, globalização da economia e flexibilização das normas trabalhistas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

_____; BORGES, Leonardo Dias. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Método, 2017.

CASTRO, Maria do Perpétuo Socorro W. de. *Terceirização: uma expressão do direito flexível do trabalho na sociedade contemporânea*. São Paulo: LTr, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIN, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. São Paulo: LTr, 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso do direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

FARIA, José Eduardo. *O Estado e o direito depois da crise*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; MIZIARA, Raphael (Org.). *Enunciados da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA*. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1oZL9_JohYjNInVvehEzYDp-bl0fcF6i6/view>. Acesso em: 10 fev. 2018.

FRIEDMAN, L. Thomas. *O mundo é plano: uma breve história do século XXI*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

DOCTRINA

_____; MANDELBAUM, Michael. *Éramos nós: a crise americana e como resolvê-la*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. 70 anos da Consolidação das Leis do Trabalho e reforma trabalhista: o debate sobre a desregulamentação e a flexibilização. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, RT, n. 150, p. 51-57, mar./abr. 2013.

_____. *Terceirização*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MARTINEZ, Luciano. *Reforma trabalhista: entenda o que mudou*. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS, Sergio Pinto. *A terceirização do trabalho*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Fernanda Sousa. Terceirização e flexibilização das normas trabalhistas. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, Bogotá, vol. XVI, n. 31, enero-junio, 2013, p. 189-201. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87628085011>>. Acesso em: 8 jan. 2015.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista: análise da Lei nº 13.467/2017 – artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2017.

SILVA, Marilda Silva Feracioli. Alterações na terceirização: as inovações das Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017 e o julgamento do STF. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, v. 8, n. 72, out. 2018, p. 112. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=72&edicao=10930#>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

SILVA, Paulo Renato Fernandes da. A nova lei de terceirização do trabalho no Brasil. In: GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas; MARTINEZ (Coord.). *Desafios da reforma trabalhista: de acordo com a MP nº 808/2017 e com a Lei nº 13.509/2017*. São Paulo: RT, 2017.

SILVA, Vander Brusso da; PRATA, Geancarlos Lacerda. A terceirização no Brasil. In: GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas; MARTINEZ (Coord.). *Desafios da reforma trabalhista – de acordo com a MP nº 808/2017 e com a Lei nº 13.509/2017*. São Paulo: RT, 2017.

Recebido em: 28/02/2019

Aprovado em: 24/04/2019

O SISTEMA DE MACROS E O AVANÇO NO CONTROLE DE JORNADA DOS MOTORISTAS PROFISSIONAIS

THE MACROS SYSTEM AND THE ADVANCEMENT IN THE DAY CONTROL OF PROFESSIONAL DRIVERS

Fábio Dias da Silva*

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo trazer considerações dos controles de jornada do motorista profissional em cotejo com os avanços tecnológicos a partir dos sistemas de rastreamento, mormente aqueles que utilizam uma senha para cada um dos motoristas movimentar sua jornada. E, a partir da utilização dos sistemas de rastreamento há uma inviabilidade do próprio Poder Judiciário, juntamente com a legislação trabalhista em vigor, de aceitar os sistemas de rastreamento pelo simples fato de que se encontram apócrifos os relatórios de controle, necessitando de uma mudança de pensamento sob as formas de controle de jornada.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de Jornada. Rastreamento. Macros. Assinatura.

ABSTRACT: The purpose of this article is to provide considerations of professional driver's day-to-day controls in conjunction with technological advances from the tracking systems, especially those that use a password for each of the drivers to move their journey. And, through the use of screening systems, there is an inability of the Judiciary, along with the current labor legislation, to accept the screening systems simply because apocryphal control reports are necessary, requiring a change of thinking under the forms of control of the journey.

KEYWORDS: Control of Journey. Tracking. Macros. Signature.

1 – Introdução

A princípio, denota-se que a jornada de trabalho dos motoristas profissionais é composta de diversas intercorrências/eventos que, no mais das vezes, são difíceis de serem retratadas e colocadas no papel pelos motoristas a fim de se valer as horas extras e demais reflexos trabalhistas originários destas extraordinárias.

A necessidade latente de um controle de jornada fidedigno, aliada às novas tecnologias existentes, fez com que o próprio empregador, e o mercado de trabalho, avançasse no sentido de constituir novas formas de controlar a

* Advogado; especialista em Direito Previdenciário pela Universidade Estadual de Londrina; especialista em Direito Processual Civil (NOVO-CPC) pela Toledo Prudente Centro Universitário.

jornada de modo a retratar a real condição onde o motorista profissional se encontra, assim surgiu o sistema de macros.

Do mesmo modo, com o advento das modernas tecnologias, tal como aquelas existentes para todo e qualquer ramo do Direito, o sistema de macros adveio para regularizar as jornadas de trabalho dos motoristas profissionais para que, assim, condigam com a realidade do exercício de suas atividades laborativas.

Mesmo com o avanço tecnológico, os próprios aplicadores do Direito, como também as partes da relação empregatícia, encontram obstáculos na sua correta e concreta aplicação do sistema de macros, visto que, por serem totalmente digitais, o relatório e a maneira como se comprova a jornada de trabalho dos motoristas profissionais, o fato de estarem apócrifos leva a invalidá-los, mesmo que utilizada a senha e *login* exclusivos do empregado.

Por esse fato que surge a necessidade de que os sistemas de macros sejam trazidos e consolidados como um meio de controle de jornada fidedigno, uma vez que retratam a real jornada dos motoristas profissionais e suas ocorrências de jornada.

2 – Do controle de jornada dos motoristas profissionais

Em primeiro plano temos que a jornada de trabalho dos motoristas profissionais é aquela disciplinada pela Lei dos Motoristas Profissionais (Lei nº 13.103/2015) compreendendo em 8 (oito) horas diárias, no limite de até 2 (duas) horas extras, podendo essas ser alargadas para 4 (quatro) horas extras se houver disposição em instrumento coletivo, até o limite de 44 (quarenta e quatro) horas semanais.

Nessa jornada é certo que o motorista profissional não estará inserido em um escritório, por exemplo, mas, sim, o seu “escritório” é o seu próprio caminhão e, assim, em ambiente externo ao empregador, sendo considerada a atividade exercida como externa.

Para que se considere a jornada de trabalho do motorista profissional temos que a própria lei dispõe, em consonância com o § 1º do art. 235-C, que trabalho efetivo é o tempo em que o motorista estiver à disposição do empregador, compreendendo no período em que estiver aguardando ordens da empresa empregadora.

Entretanto, não estará o empregado todo o período de sua jornada em direção, sendo que para que se considere em jornada deve ser levado em consi-

DOCTRINA

deração o disposto no inciso I do art. 1º da Resolução nº 405 do Contran, qual seja, aquele que “o condutor estiver efetivamente ao volante de um veículo em movimento”.

Por essa disposição se desconsidera para fins de jornada o tempo de repouso, bem como o tempo de espera, sendo que esse último é considerado como “as horas em que o motorista profissional empregado ficar aguardando carga ou descarga do veículo nas dependências do embarcador ou do destinatário e o período gasto com a fiscalização da mercadoria transportada em barreiras fiscais ou alfandegárias”, de acordo com o § 8º do art. 235-C da CLT.

Chega-se a compreender a jornada de trabalho do empregado como aquela em que estiver efetivamente em direção do caminhão, ressalvado o tempo de espera e os intervalos para refeição, repouso e descanso, uma vez que esses não são considerados para a jornada de trabalho do motorista profissional.

Não obstante seja um empregado que exerça atividade externa de uma forma a, em tese, aplicar a disposição do art. 62, inciso I, da CLT, vislumbra-se que sua jornada de trabalho é controlada a partir de sistemas de rastreamento, papeletas, diários de bordo, ou qualquer outro meio a verificar se a jornada do motorista profissional se encontra correta.

Pelo simples fato de que a jornada do motorista profissional é controlada, temos que a aplicabilidade do art. 62, inciso I, da CLT resta prejudicada, vezes que, muito embora não se tenha um horário de trabalho fixo, é cediço que a própria jornada dispõe de limites específicos.

Assim decidiu o Tribunal Superior do Trabalho:

“HORAS EXTRAS. MOTORISTA. JORNADA EXTERNA. EFETIVO CONTROLE DA JORNADA. Esta Corte vem, reiteradamente, entendendo *que, mesmo diante da existência de norma coletiva estabelecendo a impossibilidade de controle de jornada, havendo, na prática, o efetivo controle da jornada do empregado, fica afastada a incidência do art. 62, inciso I, da CLT*, fazendo jus o empregado às horas extras. No caso, o Regional entendeu que a jornada de trabalho do reclamante era controlada, uma vez que a 2ª reclamada possuía meios efetivos de fiscalização e controle, tanto por rastreador, quanto por preenchimento pelo reclamante, de planilha diária para controle do diesel. Nesse contexto, verifica-se que havia efetiva possibilidade de controle de jornada. Destaca-se, por outro lado, que a Lei nº 12.619, de 30 de abril de 2012, prevê expressamente a obrigatoriedade do controle, por parte do empregador, da jornada de trabalho dos motoristas profissionais, indicando,

DOCTRINA

em *numerus apertus*, métodos pelos quais o controle pode ser feito (anotação em diário de bordo, papeleta ou ficha de trabalho externo ou por uso de meios eletrônicos idôneos instalados nos veículos, a critério do empregador). Logo, o controle da jornada e do tempo de direção dos motoristas é obrigatório e se faz por tacógrafo ou outro meio eletrônico idôneo (rastreamento por satélite, v.g.) ou, ainda, pela papeleta, diário de bordo ou ficha de trabalho externo, estando disponíveis ao empregador ambas as possibilidades ora mencionadas. Transcrevem-se arestos de Turmas desta Corte e nota-se que a decisão regional se encontra em consonância com a iterativa, atual e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, nos termos do art. 896, § 7º, da CLT e da Súmula nº 333 desta Corte, portanto não há falar em divergência jurisprudencial. Recurso de revista não conhecido.” (TST, RR 74-20.2012.5.04.0027, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, j. 31.08.2016, DEJT 09.09.2016) (grifei)

Pelo entendimento jurisprudencial citado é certo que, muito embora tenha as empresas empregadoras a tentativa de consolidar a impossibilidade e inviabilidade de controle de jornada dos motoristas profissionais, por ser atividade externa, ao se ter o controle de jornada já se afasta toda e qualquer possibilidade da incidência desse dispositivo.

Denota-se que a própria Lei do Motorista traz consigo o direito do motorista profissional de ter o controle de jornada de maneira fidedigna e, ao colocar em contextualização com a CLT, vislumbramos que para os motoristas profissionais, apesar de ser uma atividade externa, não se aplica o pressuposto do art. 62, inciso I.

De outra banda, Sergio Pinto Martins (2018, p. 285) estabelece que “motorista que não têm controle de horário, estão incluídos na exceção do inciso I do art. 62 da CLT, não fazendo jus a horas extras”.

Do extraído dos comentários da doutrina citada é certo que essa vertente de que o motorista profissional que não detém de controle de horário se insere no inciso I do art. 62 da CLT é, de toda forma, inaplicável, vezes que se é um direito do motorista e assim reconhecido, deve ser resguardado para todo e qualquer fim.

Desta forma, como o motorista profissional não permanece em um ambiente físico para o exercício de suas atividades laborativas, é necessário que se tenha um instrumento de controle de jornada de maneira fidedigna e que se relacione tanto com as disposições da Consolidação das Leis do Trabalho como

também guarde relação com a evolução tecnológica, haja vista se tratar de um direito do próprio motorista profissional.

2.1 – Do controle de jornada fidedigno

Para que se tenha o controle de jornada de uma forma fidedigna, a despeito das disposições da legislação trabalhista, vislumbramos que o § 2º do art. 74 da CLT estabelece que é obrigatória a anotação de hora de entrada, saída e dos repousos, dos empregados nas empresas com mais de dez trabalhadores.

Em cotejo com a Lei nº 13.103/2015, temos que as disposições da CLT se aplicam para aqueles empregadores com mais de 10 (dez) motoristas, porém, que os controles de jornada, para serem fidedignos, devem conter as informações necessárias para a correta fiscalização, como hora de entrada, saída, refeição, entre outras marcações que permitem um concreto controle de jornada desses.

Tal como a CLT estabelece parâmetros e diretrizes de aplicabilidade do Direito do Trabalho nas relações empregatícias, dispondo obrigações e deveres para ambas as partes, a Lei nº 13.103, de 2 de março de 2015, refletindo as disposições da Lei nº 12.619/2012, assim o fez e, de forma concreta, preconizou como um direito dos motoristas profissionais o seguinte:

“Art. 2º São direitos dos motoristas profissionais de que trata esta Lei, sem prejuízo de outros previstos em leis específicas:

(...)

b) ter jornada de trabalho controlada e registrada de maneira fidedigna mediante anotação em diário de bordo, papeleta ou ficha de trabalho externo, ou sistema e meios eletrônicos instalados nos veículos, a critério do empregador.”

Por esse parâmetro temos que é um direito do motorista profissional ter sua jornada de trabalho controlada de maneira fidedigna, podendo ser adotado todo e qualquer sistema, papeleta, ou diário de bordo para que se afira, seja pelos órgãos fiscalizadores ou para fins de controle de horas trabalhadas, da real condição do empregado.

Para que se tenha o controle de jornada de forma fidedigna, uma vez tendo os motoristas profissionais seu “escritório” como seu caminhão, sendo uma atividade exercida nas estradas do Brasil afora, é necessário que o próprio empregado, de outro lado, tenha como obrigação realizar a correta anotação no instrumento a ser utilizado.

DOCTRINA

Essa é uma das observações preconizadas pela doutrina de Edésio Passos *et al.* (2017, p. 51) “(...) controle e o registro da jornada de trabalho continuam sendo direitos do empregado, mas, em princípio, é ele próprio quem deverá proceder ao controle e registro de sua jornada”.

Se, de um lado, temos como direito do empregado o registro de sua jornada de trabalho em meio hábil e adequado, de outro temos como uma obrigação, e conseqüentemente responsabilidade, do empregado em proceder ao controle e registro de sua jornada.

Não obstante a necessidade latente de alimentação das papeletas, diários de bordo ou qualquer meio de controle de jornada, por parte do empregado, temos que o próprio empregador poderá realizar o controle da jornada por outros meios, porém, devem se atentar com os postulados normativos da proporcionalidade e razoabilidade, de um modo a não incorrer em uma cobrança excessiva do empregado.

Mauricio Godinho Delgado (2014, p. 664) preconiza que o contrato de trabalho, por si só, confere poder diretivo ao empregador sobre a prestação de serviços, podendo se organizar, controlar, chegando até a punir o empregado no seio do trabalho, sendo que o Direito do Trabalho surgiu como uma barreira à essas prerrogativas do empregador, tanto que com a Constituição Federal de 1988 se concretizou os direitos da personalidade do empregado no mundo laborativo.

Com a existência de direitos da personalidade do empregado, no âmbito do Direito do Trabalho verificamos que toda e qualquer lesão enseja na sua responsabilização e conseqüente reparação, sendo certo que se houver a cobrança de forma abusiva da jornada de trabalho dos empregados, ocasionará lesão ao trabalhador.

A critério de exemplificação, como forma de controle de jornada pelo empregador, temos as ligações para os empregados, caso esses não respeitem os limites de jornada estipulados, até quanto aos períodos de descanso, refeição; a impossibilidade de que o motorista ligue o caminhão após a jornada de trabalho, travando o veículo; correta fiscalização pelo sistema de rastreamento por satélite, de uma forma a compensar eventuais horas extras e evitando multas por jornada excessiva de trabalho.

Por isso que, pautado da exemplificação colocada, deve o empregador agir baseado na proporcionalidade e razoabilidade das condutas e meios de cobrança a serem utilizadas para um controle de jornada da sua parte para com

o empregado, sob pena de ocasionar uma lesão aos direitos de personalidade passível de reparação.

De forma conclusiva, Gláucio Araújo de Oliveira (2017, p. 266) assim dispõe:

“O transportador de carga deve estar consciente de seu papel como beneficiário direto dos serviços prestados por seus empregados motoristas profissionais, devendo zelar pelo respeito aos limites de jornada de trabalho e tempo de direção dos motoristas profissionais contemplados pela lei. Ainda, deverá ter como linha mestra de atuação para o setor de transporte rodoviário a adoção de medidas que visam a preservar a higidez física e mental dos motoristas profissionais, distanciando-se de práticas abusivas que possam conduzir para a precarização das relações de trabalho.”

Como estabelecido, o empregador terá, no exercício do controle de jornada, o parâmetro obtido a partir da razoabilidade e proporcionalidade, como também a necessidade de buscar uma forma de trabalho para que o motorista profissional não seja colocado em situação degradante de trabalho, prestigiando o lucro, sem que se falar em prejuízo ao empregado.

Com a obrigação e direito do empregado sendo resguardados, temos a própria necessidade e adequação do controle de jornada ser de forma fidedigna, cotejando as informações trazidas pelo empregado das intercorrências de sua jornada com aquele direito resguardado pelo empregador.

2.2 – Meios de controle de jornada de trabalho

Como salientado alhures, para o controle da jornada de trabalho é possível se utilizar de papeletas, diários de bordo, bem como todo e qualquer meio utilizável para que a jornada de trabalho do motorista profissional possa ser visualizada pelo órgão fiscalizador ou até pelo próprio empregador ao realizar o pagamento das horas a título de horas extras.

No que tange ao que se condiciona como “meio de controle”, temos que se qualifica na mesma magnitude que o que seria “meio de prova”, vezes que o instrumento utilizado para controlar a jornada de trabalho do empregado é, no mais das vezes, um meio de prova da jornada de trabalho desse.

Por meio de prova, Sergio Pinto Martins (2018, p. 456) leciona que “são as espécies de provas que serão produzidas em juízo. São meios de prova: o

depoimento pessoal das partes, as testemunhas, os documentos, as perícias e a inspeção judicial”.

Com isso, é possível definir que os instrumentos necessários para que possa ser realizado o controle da jornada de trabalho do motorista profissional são considerados como meio de prova, vezes que há uma amplitude na delimitação destes, como também a latente necessidade de se adequar aos avanços tecnológicos para fins de controle de jornada de trabalho.

Demonstra-se assim que, ao se adotar uma amplitude dos meios de controle de jornada de trabalho do motorista profissional, verificamos um leque maior disponível para que o empregador possa se organizar, vislumbrando o controle da jornada de trabalho de seus empregados, como também uma viabilidade de que o meio seja o mais adequado com relação à sua capacidade econômico-financeira.

Com isso o empregador terá consigo diversas possibilidades de que a jornada de seus empregados seja controlada por um instrumento/meio condizente com suas condições econômicas e também financeiras, sem causar qualquer prejuízo para suas atividades.

É preciso ressaltar que não se trata de qualquer meio de controle de jornada, mas aquele que, adequadas às situações e intercorrências da jornada do empregado, possa fornecer uma jornada controlada de forma fidedigna e sem qualquer dúvida para quem quer que analise os dados trazidos, tendo em vista que os controles de jornadas pecam na falta de informações do que ocorreu na jornada dos motoristas profissionais.

Dada a amplitude dos meios de controle de jornada, há tempos, diversas maneiras de controlar a jornada foram utilizados, porém, poucos condiziam com a realidade da jornada de trabalho do empregado, muito menos traziam facilidades de sua produção pelo empregador.

Essas foram as observações trazidas por João Marcelo Balsanelli (2016):

“A instrução processual, no caso dos tacógrafos, visava demonstrar que a sua leitura não se limitava ao setor de transporte da empresa para verificar a velocidade do motorista, mas que também era remetido ao setor de recursos humanos para verificar o quanto havia sido trabalhado a cada dia.

Havendo a demonstração (prova difícil de ser realizada) de que a leitura dos discos de tacógrafo era feita também pelo setor de recursos humanos, havia o deferimento das horas extras, mas com uma dificuldade

DOCTRINA

imensa da mensuração do excesso de jornada, *haja vista a difícil leitura, por parte do juízo, desse equipamento.*” (grifei)

O tacógrafo, instrumento a ser utilizado para verificar a velocidade do motorista durante determinado percurso, ainda é utilizado pelos empregadores como meio de prova da jornada de trabalho de seus motoristas, quando não detém de qualquer condição financeira para realizar a produção por outros meios de controle.

Entretanto, tal como observado pelo autor supracitado, há uma dificuldade, por parte dos juízes, na visualização da jornada de trabalho por esse instrumento, não obstante o empregado trazer aos autos a jornada descrita retirada do tacógrafo em análise, é certo que não conseguem, no mais, vislumbrar a jornada a partir do controle consignado.

Outro ponto que merece destaque é que, se o empregado opta por utilizar o tacógrafo como forma também de controle de jornada, além do ordinariamente utilizado para aferir a velocidade do veículo, ao setor de recursos humanos incumbe a obrigação de converter as informações obtidas daquele meio para a jornada de trabalho do empregado, visando o pagamento de eventuais horas extraordinárias, folgas, entre outras verbas trabalhistas.

Em sentido contrário temos a Orientação Jurisprudencial nº 332 da Seção de Dissídios Individuais I do TST: “O tacógrafo, por si só, sem a existência de outros elementos, não serve para controlar a jornada de trabalho de empregado que exerce atividade externa”.

Dada a utilização em duas vias do tacógrafo, vez que ora afere a velocidade e ora é usada para controlar a jornada, esse meio de prova vem conduzindo à sua fragilidade, não obstante os esforços que o empregador possa despender para produzir esse meio de prova, sendo necessário que, pela instrução processual, referido instrumento seja cotejado com outros meios de prova para condizer com sua validade.

Cabe destacar a decisão do eg. Tribunal Superior do Trabalho:

“HORAS EXTRAS. MOTORISTA. TRABALHO EXTERNO. CONTROLE DA JORNADA. Uma vez registrada, pela Corte de origem, a existência de controle da jornada do motorista mediante uso de equipamento eletrônico – tacógrafo – associado a outros elementos de prova, resulta inviável a incidência do comando inserto no inciso I do art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho, não havendo falar em contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 332 da SBDI-I do TST. Embargos de que não se conhece.” (Processo E-RR 763442-85.2001.5.17.5555, Rel. Min.

DOCTRINA

Lelio Bentes Corrêa, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, j. 04.03.2010, DEJT 12.03.2010)

Por esse ponto, verifica-se que a jurisprudência é assente no sentido de que é possível a utilização do tacógrafo, porém, que este seja acompanhado por outro meio de prova a validá-lo ou, pela instrução probatória, possa verificar que os dados trazidos a partir desse meio de controle de jornada condizem com a realidade do motorista profissional.

Muito embora os Tribunais não aceitem, no caso, o tacógrafo como instrumento hábil a realizar o controle de jornada dos empregados, é certo que deve essa posição ser relativizada, vezes que se o empregador detém de dificuldade na produção das demais provas, seja pelo fato de que as testemunhas não queiram prestar depoimento a seu favor, seja pela inexistência de outras provas documentais, não pode ser punido por isso.

Outra questão que deve ser levada em consideração, em caráter preliminar de validação dos meios de controle de jornada, é o simples fato de que não pode o próprio ordenamento jurídico pátrio estabelecer condições mais onerosas aos empregadores, ainda mais em tempos de crise, vezes que deve ser preservada a atividade produtiva que move o Estado, e não peculiaridades que, na via reversa, trariam diversos prejuízos à sociedade em geral.

O tacógrafo, para todos os fins, estabelece a realidade do caminhão, sua jornada, seu trajeto, sua velocidade e, a partir de todos os dados extraídos desse, é possível, sem sombra de dúvidas, que se tenha a constatação da real jornada do motorista profissional, mesmo que seja trabalhoso para esse.

A Lei nº 13.103/2015, ao estabelecer parâmetros para a jornada de trabalho do motorista profissional, alterou, também, o Código de Trânsito Brasileiro, destacando o disposto no art. 67-E, § 2º, do CTB, *in verbis*:

“Art. 67-E. O motorista profissional é responsável por controlar e registrar o tempo de condução estipulado no art. 67-C, com vistas à sua estrita observância.

(...)

§ 2º O tempo de direção será controlado mediante registrador instantâneo inalterável de velocidade e tempo e, ou por meio de anotação em diário de bordo, ou papeleta ou ficha de trabalho externo, ou por meios eletrônicos instalados no veículo, conforme norma do Contran.”

Da redação do § 2º verificamos que a própria legislação que disciplina a forma de controle da jornada dos motoristas profissionais prevê expressamente

DOCTRINA

a amplitude dos meios de controle, como também a possibilidade de utilizar “meios eletrônicos instalados no veículo”.

Por meios eletrônicos instalados no veículo podemos ter os sistemas de rastreamento instalado no próprio caminhão, de modo a consignar os intervalos de jornada, intercorrências da jornada, como qualquer outro meio para esse controle efetivo.

Não somente o tacógrafo deve ser utilizado para controle de jornada como também há outros meios que a própria legislação assim estabelece, como os diários de bordo, papeletas, sistemas de rastreamento, instrumentos hábeis para que se tenha a correta averiguação das intercorrências da jornada de trabalho dos empregados.

A problemática de adotar diários de bordo, papeletas ou qualquer meio de controle físico por parte do motorista profissional é a dúvida quanto à veracidade das informações trazidas, sendo que se não houver o rastreamento do caminhão, para fins meramente de segurança, poderá o motorista profissional realizar período extraordinário que não condiz com a realidade.

O rastreamento de segurança, tal como o tacógrafo, não foi constituído para o fim pelo qual se espera para o controle de jornada, sendo certo que ao confrontar as informações dos diários de bordo, papeletas, para com o rastreamento do caminhão, poderá, assim, ter uma maior segurança quanto à real condição adotada pelo motorista profissional na sua jornada de trabalho.

Há, também, tal como no tacógrafo, a exigência do setor de recursos humanos do empregador quando forem adotados os controles de jornada físicos, tendo em vista que somente a partir da sua apresentação que poderão ser quantificadas as horas extras, horas trabalhadas, para que, ao final, pague a quantia a título de remuneração.

De toda forma, com o avanço tecnológico, os sistemas de rastreamento advieram para que fornecessem um meio melhor de controle de jornada, e mais condizente com o cotidiano dos empregados, sendo que qualquer que seja o instrumento a ser utilizado deve este vir com bons olhos frente à realização do controle de jornada.

Com isso, observamos que não se tem, por óbvio, qualquer restrição quanto à existência dos meios de controle da jornada do motorista profissional, sendo certo que o que for adotado, resguarda tanto o interesse econômico do empregador, vezes que proporcionará uma melhor condição para seu negócio, como também os direitos dos motoristas profissionais.

2.3 – Parâmetros de fixação de jornada de trabalho dos motoristas profissionais

Para serem observados os controles de jornada do motorista profissional, é necessário que se tenha a observância de critérios para a fixação do que se trata da jornada de trabalho do empregado, sendo que, no mais das vezes, há o questionamento se algumas ocorrências na jornada são consideradas como tempo à disposição ou, no mais, tempo efetivamente trabalhado pelo empregado.

Por primeiro, devemos considerar que a jornada do motorista profissional é diferenciada das demais, sendo que as horas *in itinere* sofreram constante modificação pela Reforma Trabalhista e, no caso em questão, não se aplicam pelos seus próprios parâmetros.

Mauricio Godinho Delgado (2014, p. 906-914) estabelece que os critérios de fixação da jornada são pautados do tempo efetivamente trabalhado, tempo à disposição do empregador, tempo de deslocamento, tempo de sobreaviso, tempo de prontidão.

No que concerne aos motoristas profissionais, tal como salientado, a fixação de sua jornada de trabalho detém de especificidades, como o tempo de espera, que não é computado na jornada de trabalho, adotando caráter indenizatório, o tempo de direção, compreendendo naquele onde o motorista está efetivamente exercendo suas atividades laborativas, previsão de folgas para viagens de longa distância, entre outros pressupostos a serem adotados como critério de fixação da jornada de trabalho do motorista profissional.

Sergio Pinto Martins (2018, p. 790-794) define que a jornada de trabalho do motorista profissional é fixada a partir do tempo de direção, onde se verificará por quanto tempo estará exercendo suas atividades, sendo que o tempo em que estiver em engarrafamento de trânsito é considerado tempo à disposição do empregador, sendo esse último considerado como todo e qualquer tempo em que o motorista profissional estiver à disposição do empregador, excluídos os intervalos para refeição, repouso e descanso, tempo de espera, também não se considera tempo à disposição quando o empregado buscar, por sua conta própria, proteção pessoal, insegurança nas vias públicas ou má condição climática e quando estiver nas dependências da empresa para exercer atividades particulares.

De forma sedimentada, a fixação da jornada de trabalho do motorista profissional deve condizer com a realidade na qual está inserido, qual seja, uma jornada relacionada à carga transportada e suas especificidades, como condições mínimas para que o veículo possa trafegar nas vias, horário mínimo

de permanência na via, ou seja, minúcias que devem ser relevadas na fixação da jornada do motorista.

Entretanto, há diversas intercorrências da jornada de trabalho do motorista profissional que, no mais das vezes, trouxeram, segundo parte da doutrina, inconstitucionalidades, dada a incompatibilidade da nova Lei do Motorista para com as disposições do texto constitucional de 1988.

Neste prisma temos o defendido por Alexandre Simões Lindoso (2017, p. 259) ao defender a inconstitucionalidade do tempo de espera:

“Realmente, o trabalho executado no tempo de espera em nada difere das demais atribuições inerentes à função de motorista, de modo a justificar um tratamento distinto sob o prisma remuneratório. E, de fato, não são só as atividades de direção e condução do veículo que se inserem no rol de atividades relacionadas com a profissão de motorista. (...) a Lei nº 13.103/2015 adentra terreno que lhe é constitucionalmente vedado e opera indisfarçável redução salarial, em franca violação ao art. 7º, VI, da Lei Maior.”

A despeito da corrente doutrinária que defende a existência de inconstitucionalidade no instituto do tempo de espera, é certo que esse adveio de forma a trazer ao empregador uma maior força de trabalho, vezes que o tempo de espera é aquele em que o motorista fica aguardando carga ou descarga do veículo, bem como o tempo gasto na fiscalização da mercadoria e, sua remuneração, a título de verba trabalhista, não condiz com a realidade da natureza dessas verbas.

Outrossim, não é caso de tempo à disposição do motorista, mas, sim, de tempo em que o motorista permanece sem exercer sua profissão a qual fora contratado e, também, não está em direção do veículo, de toda sorte que está com o veículo parado e não em movimento, desta forma é plenamente compatível com o texto constitucional de 1988.

De toda forma, dadas as ocorrências de fixação da jornada de trabalho do motorista profissional, temos que, uma vez fixada, propondo todas as ocorrências necessárias para a devida alimentação do sistema de rastreamento, teremos as consideradas “macros”, ou seja, as informações trazidas pelo motorista da sua jornada de trabalho convertem-se em “macros” para que o empregador e o órgão fiscalizador tenham ciência inequívoca da jornada de trabalho.

Pela simples utilização das macros devidas e necessárias para o controle de jornada dos motoristas profissionais vislumbramos que, portando dessas informações, o empregador poderá verificar o que está ocorrendo na jornada de seus empregados como também o órgão do Ministério da Economia terá a

possibilidade de averiguar se estão sendo respeitados os parâmetros legislativos conquistados.

A fixação da jornada, assim, deve ocasionar ao motorista uma forma com que realize sua jornada de trabalho da melhor forma possível e, sempre observando que a saúde, e dignidade da pessoa humana do empregado, deve ser resguardada a qualquer custo, sob pena de inviabilizar o sistema protetivo dos empregados, bem como trazer prejuízos irremediáveis à pessoa dos motoristas profissionais.

3 – Do avanço no sistema de controle de jornada de trabalho

Em primeiro plano devemos ter em mente que, toda e qualquer relação de trabalho deve ser gerida pelos princípios trabalhistas e constitucionais reconhecidos e respeitados no ordenamento jurídico pátrio, sendo aplicado, em específico, o princípio da condição mais benéfica e o princípio da fonte normativa mais favorável ao trabalhador.

Mauricio Godinho Delgado (2014, p. 200-201) leciona que, caso supervenientes as cláusulas contratuais, estas somente poderão ser suprimidas se advier uma condição ainda mais favorável, devendo ser resguardada aquelas que trazem mais benefícios em detrimento daquelas que, muito embora sejam novas, não resguardam tão bem os direitos dos trabalhadores.

Carlos Henrique Bezerra Leite (2018, p. 95) da mesma maneira estabelece que se houver uma condição mais favorável ao trabalhador, a partir da utilização das outras fontes normativas, é necessário ter uma adequação e aplicação do ordenamento jurídico pátrio como um todo para resguardar direitos e deveres dos trabalhadores.

A partir dessas constatações, aplicando-se os princípios supracitados, é certo que todo e qualquer avanço tecnológico deve se objetivar não só uma melhoria na relação de trabalho, mas, também, para que os direitos de ambas as partes sejam, de um lado resguardados e, de outro, colocados em melhoria dos instrumentos a ser utilizados pelo empregador na idealização do contrato de trabalho e de sua execução.

Para consignarmos uma forma de controle de jornada de trabalho é preciso, como exposto, uma adequação tecnológica para com o ambiente de trabalho em que esteja inserido, guardando estrita relação para com as intercorrências da jornada de trabalho do empregado que podem e devem ser consignadas no meio de um controle, de forma a facilitar toda e qualquer fiscalização.

DOCTRINA

Neste ponto vislumbramos que, tal como o ordenamento jurídico pátrio evolui de uma forma a consolidar todos os avanços da sociedade a serem refletidos na legislação, adequando-se às novas situações, temos que os instrumentos necessários e utilizados para que o ambiente de trabalho seja gerido com uma maior adequação e rapidez devem ser recepcionados pela jurisprudência e, também, pelo âmbito de trabalho.

Por meio dos avanços tecnológicos temos que o sistema de controle de jornada de trabalho, a partir de sistemas de rastreamento, guarda estrita relação com a adequação da tecnologia para com as intercorrências da jornada de trabalho do motorista profissional, vezes que retratam de forma veemente a sua realidade de trabalho.

Denota-se que todo e qualquer avanço tecnológico demanda tempo para que seja aceito não só pela jurisprudência, mas, também, para que as próprias partes da relação empregatícia, empregado e empregador, tenham a noção da efetividade que esses sistemas podem proporcionar para o controle de jornada fidedigno, bem como os aplique de forma contundente para seus empregados.

Do mesmo modo, referido avanço tecnológico é dotado de caráter fidedigno, uma vez que no mais desses sistemas de rastreio os empregadores não detêm do poder de realizar alterações nas jornadas colocadas em registro pelos seus empregados. A única possibilidade de alteração ou inserção de danos que, pautada de proporcionalidade e razoabilidade, ocorre quando há o mero esquecimento de batida de ponto do empregado, sendo que esse é devidamente cientificado da ocorrência na sua jornada de trabalho e, mesmo com a modificação, consta uma sigla determinante para o evento.

Não obstante esse avanço tecnológico trazido pelos sistemas de rastreamento, nada impede que o empregador adote qualquer outro meio a proporcionar o efetivo controle de jornada, que é nada mais nada menos do que aquele realizado por ligações, adotada de razoabilidade, como já preconizado anteriormente.

Ante a existência do avanço tecnológico e a necessidade de adaptação de todo o ordenamento jurídico pátrio e da sociedade para com as formas de efetivo controle da jornada de trabalho denotamos que, muito embora existentes e de grande valia para as partes da relação empregatícia, temos que há uma grande dificuldade, seja dos órgãos julgadores, seja dos próprios empregadores na aceitabilidade do meio de controle de jornada a partir dos sistemas de rastreamento.

Surge, assim, uma necessidade de que os sistemas de rastreamento, aqueles alimentados pelas macros dos empregados, sejam aceitos visto que guardam estrita relação com a realidade da jornada de trabalho do motorista profissional.

3.1 – Da problemática (in)validação do sistema de macros

Por sistema de macros temos que é a utilização pelos motoristas profissionais do sistema de rastreamento que, a cada intercorrência, a cada acontecimento em sua jornada deve ser consignado como uma “macro” atrelada ao sistema de rastreamento que, ao fim, elaborará um relatório para conferência e pagamento de eventuais horas extras pelo empregador.

Pelo que se estabeleceu anteriormente é certo que o sistema de rastreamento ainda não vem sendo aceito no ordenamento jurídico pátrio, muito embora a legislação trabalhista e a de trânsito estabeleçam de forma contundente a sua viabilidade, o Poder Judiciário não vem acatando a utilização única e exclusiva do controle de jornada do empregado a partir do sistema de macros.

É essa a problemática encontrada pelos empregadores que, aliados ao avanço tecnológico, vem obtendo dificuldades para a validação do sistema de rastreamento frente às demandas trabalhistas, como também para com os empregados, vezes que em ambos os casos esses tratam a ausência de assinatura como uma causa que invalida e retira a veracidade do controle de jornada realizado pelo empregado.

E a adoção do sistema de rastreamento, por meio das macros devidas, atrela a utilização, pelo empregador, do seu poder disciplinar que, no mais das vezes, é pautado de parâmetros adequados ao correto andamento da atividade empresarial.

Emílio Gonçalves (2012, p. 1.002) ensina que o poder disciplinar do empregador detém de limites, não sendo absoluto, chegando à conclusão de que atua somente sobre a atividade da empresa, sendo limitado ao conjunto de medidas legais de proteção da segurança, personalidade e dignidade do empregado e que deve ser aplicado nos limites da lei e, no caso, do regulamento da empresa, sendo que se houver rigor na sua aplicabilidade, ensejará na rescisão indireta do contrato de trabalho.

O poder disciplinar, assim, ao se basear de algum sistema de rastreamento para o controle da jornada de trabalho pelo empregador aos motoristas profissionais, condiz com a utilização dos meios legais, partindo-se da dignidade da pessoa humana dos empregados, como também protegendo e trazendo maior segurança para a atividade laborativa.

DOCTRINA

Por esse viés temos que o poder disciplinar deve condizer com a realidade dos sistemas de rastreamento e de qual a ser utilizado, vezes que devem guardar relação estrita com a jornada de trabalho dos motoristas profissionais, não podendo ser qualquer instrumento a ser utilizado para o efetivo controle.

João Marcelo Balsanelli (2016) destaca que o tacógrafo, delimitação de rotas e rastreamento por satélite não são instrumentos adequados para o controle da jornada de trabalho dos motoristas de caminhão, demonstrando que, mesmo que se considerem trabalhadores externos, é totalmente passível de fiscalização e constatação da jornada de trabalho do empregado.

A despeito dessa posição é certo que o mercado de trabalho, como também toda a doutrina deve caminhar para o avanço, e esse avanço é, nada mais, nada menos, do que a utilização do meio digital em todos os contextos, desde que, claro, resguardado o princípio da melhor condição ao trabalhador.

A barreira dos fatos de que o sistema de controle de jornada a partir dos rastreamentos é inválido deve ser rompida, pela simples razão de que há sistemas de rastreamento em que são específicos para o fim de controlar a jornada de trabalho e, se assim não o forem, também descrevem o transcorrer da jornada de trabalho do motorista profissional, tal como a AUTOTRAC, e SIGhRA.

Para exemplificação, ao obter informações do sítio do SIGhRA, constatamos que esse sistema gerencia toda a jornada de trabalho do motorista, isto em tempo real, com o devido acompanhamento de toda a rotina de trabalho, realizando alertas em caso de jornada excessiva e direção contínua, como também o monitoramento quanto à essas intercorrências.

Denota-se que é o próprio sistema quem realiza o controle da jornada, de forma que o empregado só terá o trabalho para, a partir do setor de recursos humanos, fazer a contabilização da quantidade de horas extras, bem como da constatação de eventual intercorrência na jornada de trabalho, sempre com ciência do empregado.

Não há, assim, qualquer forma com que o empregador possa dispor sobre a quantidade de horas extras realizadas, para que efetue o pagamento a menor dos valores atinentes à jornada de trabalho.

Em que pese essa grande aliança da tecnologia para com o controle de jornada, a grande maioria dos magistrados de 1º grau, bem como alguns de 2º grau vêm colocando que, pela ausência de assinatura nos registros de jornada, bem como dos relatórios da jornada originários dos sistemas de rastreio, não são válidos para todo o fim, vezes que não foi dada a devida ciência a esses.

Na doutrina, sob um viés retrógado, Valentin Carrion (2014, p. 176) defende que “deve ser anotado pelo próprio empregado e, sendo mecânico, conterà sua assinatura, para autenticá-lo”.

De outro lado, Sergio Pinto Martins (2018, p. 160) leciona:

“O art. 74 da CLT e seus parágrafos não fazem previsão de que o cartão de ponto, para ter validade, tem de ser assinado pelo empregado. A lei não exige que o cartão de ponto esteja assinado para ter validade. A assinatura não é condição para a validade do ato jurídico. Se a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo. Assim, são válidos os cartões mesmo quando não assinados. Não foi violada qualquer forma prevista em lei. Logo, mesmo não assinado pelo empregado, será o cartão de ponto considerado válido, pois o ato não violou qualquer forma prevista em lei. *O ideal é que o empregado assine o cartão de ponto, pois isso corroborará que o horário ali anotado está correto.*” (grifei)

Pela posição adotada da doutrina de Sergio Pinto Martins, vislumbramos que guarda estrita relação para com a atualidade, vezes que Carrion não considera, para todo e qualquer fim, a utilização de controle de jornada estritamente digital, necessitando de assinatura para que seja validado.

A assinatura é o ideal a ser buscado, sendo que se o controle de jornada é digital, portando o motorista profissional de senha específica para movimentar sua jornada de trabalho dentro do próprio sistema, incorre na mesma condição de que os profissionais de Direito se encontram para peticionar nos autos digitais, ou seja, detêm de uma assinatura digital, a partir de *login* e senha, sendo que a assinatura física detém de valor irrisório frente à assinatura digital de caráter intransferível e exclusiva do motorista profissional.

É relevante constatar que a assinatura é, para todo e qualquer fim, desconsiderada, haja vista que se os operadores do Direito utilizam assinatura digital, da mesma maneira o setor de transportes evoluiu para, assim, trazer a sistemática digital para o controle de jornada dos empregados.

O posicionamento da jurisprudência e do próprio ordenamento jurídico pátrio se encontrava dividido das posições alhures, sendo que consignavam a necessidade indissolúvel da assinatura física nos relatórios obtidos junto aos sistemas de controle de jornada de trabalho.

De outra forma, o Tribunal Superior do Trabalho adotou de forma sedimentada a seguinte posição:

DOCTRINA

“RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. HORAS EXTRAS. CARTÕES DE PONTO SEM ASSINATURA. VALIDADE. ÔNUS DA PROVA. Conforme precedentes do TST, extrai-se do sentido e alcance do disposto nos arts. 74, § 2º, da CLT e 13 da Portaria nº 3.626/91, que a exigência de assinatura do empregado, no cartão de ponto, carece de previsão legal, razão pela qual não pode ser invalidado como meio probatório e, conseqüentemente, transferir o ônus da prova à reclamada. Ao contrário, a apresentação dos controles de frequência pelo empregador gera presunção de veracidade da jornada ali registrada (Súmula nº 338, I e II, do TST), que pode ser elidida por prova em contrário. Recurso de revista conhecido e provido, no particular.” (TST, RR 302-12.2010.5.01.0051, Rel. Min. Waldir Oliveira da Costa, 1ª Turma, j. 21.11.2018, DEJT 23.11.2018)

Pela posição jurisprudencial do TST citada, vislumbramos que a ausência de assinatura nos cartões de ponto não enseja na sua invalidação, muito menos na automática inversão do ônus da prova, caindo por terra o verbete da Súmula nº 338 também do TST, devendo esta ser revista para fins de aplicabilidade.

Por essas observações é certo que o sistema de rastreamento é, assim sendo, válido para todo e qualquer fim de controle de jornada de trabalho do motorista profissional, não obstante não conter a assinatura física nos relatórios, por óbvio, pela simples inserção no sistema de sua senha e *login* exclusivos já estar devidamente assinado, por aplicação analógica aos operadores do Direito.

Pela total aplicabilidade do sistema de rastreamento para a jornada de trabalho dos empregados, temos que o motorista profissional deve alimentar o sistema de forma minuciosa para que se tenha o real acompanhamento da sua jornada de trabalho.

A título de explicação temos que para cada evento a ser realizado pelo motorista profissional é devida uma “macro”, sendo que se estiver em intervalo de refeição é necessário inserir no sistema de rastreamento, pelo *login* e senha próprios do motorista, a “macro” de refeição, e assim para toda e qualquer intercorrência na sua jornada de trabalho. E, com a inserção das “macros” para cada evento na jornada de trabalho, terá a fidedignidade do controle de jornada, com a imediata e real constatação da realidade da sua jornada, chegando a emitir, por final, os relatórios para averiguação de eventuais horas extraordinárias.

Deste modo, Paulo Douglas Almeida de Moraes (2015, p. 675) estabelece:

“(…) em termos práticos, o uso do diário de bordo e da papeleta poderá ser aplicado apenas a situações nas quais a atividade do motorista

se dê em jornada fixa de trabalho, sem intercorrência de tempo de espera, reserva, concomitância de gozos de intervalos de descanso e, ainda assim, em trechos totalmente homologados ou em trechos totalmente não homologados. Fora dessa hipótese, o uso de tais instrumentos fatalmente não produzirá um controle fidedigno e, portanto, seriam ineficazes, por exemplo, para constituírem prova da jornada efetivamente realizada para fins de eventual diligência da fiscalização do trabalho, bem como em eventual lide trabalhista.”

Não obstante a necessidade de inserir as “macros”, é possível vislumbrar que se não houver a “macro” devida no sistema para o início e fim de jornada o caminhão não será desbloqueado e muito menos bloqueado, incorrendo o motorista profissional na sua irresponsabilidade.

As “macros” adotadas pelos empregados quando da utilização do sistema de rastreamento retratam com veracidade e não deixa qualquer sombra de dúvida acerca da real jornada do motorista profissional, vezes que, como é de sua responsabilidade, ele mesmo quem alimenta sua jornada de trabalho para fins de controle.

Pelo que se constata o próprio ordenamento jurídico, o Poder Judiciário e as partes da relação empregatícia estão em constante desequilíbrio, seja pelas questões sociais já existentes, as diferenças econômico-financeiras, como também da inconsistência para com os sistemas de controle de jornada que, no mais das vezes, são preteridos, tal como destacado.

Desta forma, o sistema de macros utilizado pelo sistema de rastreamento condiz com a realidade da jornada de trabalho exercida pelos empregados motoristas profissionais, haja vista que, portando das ocorrências da jornada poderá, não só o órgão fiscalizador do Ministério da Economia verificar a veracidade dos dados inseridos, como também o empregador poderá ter ciência do que está ocorrendo, assim como servirá de prova para eventual demanda trabalhista.

3.2 – Da força *probandi* do sistema de macros

Ao adotarmos o sistema de macros, tanto para o devido controle da jornada de trabalho dos motoristas profissionais, como também para o pagamento das intercorrências ocorridas na jornada, vislumbramos a necessidade latente de que se averiguar a força probatória que esse documento, extraído a partir das informações das macros adotadas, possa deter ao ser utilizado como meio de prova.

DOCTRINA

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2015, p. 621-629) lecionam que há uma dificuldade latente na avaliação da força probatória dos meios de prova produzidos em meio eletrônico e tecnológico, seja pela ausência de assinatura nos documentos, ressalvada a possibilidade de autenticação por meio de assinatura digital, ou seja pela possibilidade de que os documentos possam ser alterados por quem os está produzindo. Com isso, destacam que como uma prova documental produzida no meio informatizado é registrada em um suporte lógico, é fácil, pelo menos a quem tenha um mínimo de conhecimento em informática, de adulterar a informação que a prova deveria ter, adotando o valor probante da prova que detinha do interesse em produzir.

Os autores ainda relevam, dada à dificuldade da verificação da veracidade da prova produzida, que há a necessidade de um avanço do legislador, como também das técnicas adotadas, para que possa dar a força probatória necessária para os documentos produzidos pelo meio informatizado/digital.

Pautando-se desse entendimento, é possível observar a advertência da doutrina para com as informações inseridas no meio informatizado, tendo em vista que podem ser modificadas pelo empregador, ainda mais em se tratando de relações trabalhistas onde esse detém de uma maior amplitude de produção de provas, em detrimento da condição menos beneficiada do empregado/motorista profissional.

Não obstante esse fato, verificamos que o sistema de macros é, no mais das vezes, semelhante à assinatura digital dos profissionais do Direito que, adotando por analogia, utilizam de uma senha pessoal e intransferível para inserir as macros de, por exemplo, refeição, repouso, descanso, no sistema de rastreamento, caminhando para uma veracidade das informações trazidas na prova informatizada.

Não se questiona a inaplicabilidade dos sistemas de valoração da prova, tal como o livre convencimento motivado, motivação racional e o respeito às regras de experiência, porém, deve ter o órgão julgador a ciência do que está sendo aplicado, como também como o sistema de rastreamento está incidindo na jornada de trabalho do motorista profissional, sendo que se há um avanço tecnológico, deve este ser acompanhado por todo o ordenamento jurídico, qualquer um que seja.

O que deveria ocorrer era se ter, a partir das regras de experiência, uma constatação por todos de que o controle de jornada do empregado está sendo realizado a partir da uma assinatura digital sua e exclusiva, como também todas

DOCTRINA

as macros condizem com a realidade de sua jornada, vezes que devem consignar todos os intervalos inerentes e próprios para os eventos da jornada de trabalho.

Contudo, como ainda não se verifica a visualização das jornadas de trabalho dos motoristas profissionais, constatamos a dificuldade na valoração dos relatórios das macros e na sua aceitação, principalmente para os empregados que, por não haver a necessidade de assinatura dos relatórios, visto que já assinaram pelo seu *login* e senha, questionam muito das vezes no âmbito do Poder Judiciário, induzindo em erro o órgão julgador.

Por esse parâmetro, vislumbramos a necessidade de que se tenha um trabalho de conscientização para que, ao final, cheguemos à força probante que todo e qualquer documento assinado e produzido no meio eletrônico deve ter, aquela que estabelece a veracidade das informações exaradas.

E, para se obter essa conscientização, devemos ter, a partir do empregador, a realização de cursos na integração do motorista profissional, contendo informações explícitas acerca da existência do sistema de rastreamento a partir das macros, de como fazer a devida anotação das macros, a partir do *login* e senha concedidos para o empregado, como agir quando surgir um imprevisto na jornada de trabalho, de modo a consignar qual a macro a ser adotada no caso, em suma, trazer ao empregado condições mínimas para que sua jornada possa ser controlada, ainda mais em se tratando de sua responsabilidade ao inserir as ocorrências da jornada.

Com essa integração devida e o início do vínculo empregatício pelo motorista profissional, no transcurso da sua jornada de trabalho, verificamos que a visualização pelo órgão julgador e pelos empregados será mais facilitada, tendo em vista que se as macros forem inseridas corretamente terá um relatório condizente com o seu real percurso, impondo ciência ao empregador e ao órgão julgador do que realmente ocorreu.

Caso o empregador não estabeleça condições mínimas para que o sistema de rastreamento possa ser fiscalizado, é certo que haverá uma desconfiança do órgão julgador, bem como dos empregados, para com a jornada de trabalho do motorista profissional, não obstante o latente descumprimento da legislação por parte do empregador, chegando à dificuldade preconizada na doutrina supraexposta.

De toda maneira, como se trata de um documento assinado digitalmente, verificamos que, não obstante não se tenha a assinatura física do motorista profissional, para que seja possível a inserção de qualquer macro no sistema de rastreamento é indispensável que sejam inseridos *login* e senha específicos

para tanto e, como se trata de uma assinatura digital, condiz com a realidade e dispensa, para todo e qualquer fim, a impressão dos relatórios para posterior assinatura e, finalmente, digitalização do documento.

Fredie Didier. Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2016, p. 207-208) preconizam que há a presunção de serem verdadeiras as declarações constantes em relação ao signatário, sendo que não podem ser presumidas verdadeiras em relação de quem não subscreveu.

Ao partir da aplicação da analogia, detendo o documento informatizado um sentido idêntico a uma assinatura digital, chegamos à conclusão de que o documento eletrônico, obtido junto ao sistema de rastreamento adotado pelo empregador, afasta a presunção relativa de veracidade, vezes que atesta veementemente a jornada de trabalho do motorista profissional.

Por assim ser, a força *probandi* do sistema de macros condiz com a impossibilidade de que o empregado possa discutir em juízo as informações colocadas no rastreamento, vezes que atestou corretamente a existência dessas ocorrências na jornada de trabalho com sua senha intransferível, desnecessária, para todo fim, a utilização de outro meio de prova para que possa colocar à prova a veracidade das informações.

3.3 – Das intercorrências pelo não respeito das macros pelos motoristas profissionais

Pela utilização do sistema de macros, por si só já é possível visualizar a jornada de trabalho dos motoristas profissionais.

Sob esse parâmetro, o empregador, para garantir a viabilidade do sistema de macros, se utiliza de outros instrumentos que o próprio sistema disponibiliza, como a realização de ligações de cobranças aos motoristas que estiverem descumprindo com a legislação em vigor, bem como as normas da empresa, ocorrendo quando o motorista esquece-se de alimentar o sistema com a macro devida.

Ressalta-se que a utilização de outros meios, além do sistema de macros e originários deste, condiz com a realidade do ordenamento jurídico pátrio, vezes que não somente há a comunicação de todas as normas, individuais e coletivas, como também o empregador deve deter de diversas formas a tornar a atividade empregatícia prestável de forma satisfatória aos seus empregados.

Com a não observância da devida anotação no sistema das macros por parte dos motoristas profissionais, não somente as ligações são a conduta a ser

adotada de imediato, como também que todo e qualquer relatório, ou aviso a ser dado aos empregados é originária do sistema de rastreamento, responsável pela veracidade das informações trazidas pelos empregados na utilização de seu sistema.

Da mesma forma temos a aplicação de sanções trabalhistas para com os empregados, haja vista que se esses ainda permanecerem na não alimentação do sistema de rastreio, por meio das macros poderá ensejar não só a responsabilização dos empregados, como também que a empresa poderá estar sujeita às sanções do Ministério da Economia, em eventual e existente fiscalização.

As sanções trabalhistas utilizadas devem guardar, tal como já selecionado no corpo desse estudo, relação direta com os postulados normativos da proporcionalidade e razoabilidade, haja vista que não podem estabelecer condições indignas aos empregados, como também não podem sujeitá-los a condições vexatórias, de modo que sua profissão não possa ser exercida com a seriedade necessária.

Mauricio Godinho Delgado (2014, p. 721-726) preconiza que as penalidades devem condizer com critérios objetivos, subjetivos e circunstanciais, sendo que os objetivos devem guardar relação com a própria conduta praticada e sua matéria, já os subjetivos são aqueles vislumbrados a partir da averiguação do dolo e culpa do empregado na realização do evento faltoso e, de outro lado, os circunstanciais condizem com a necessidade de verificar a adequação entre a conduta e a penalidade imposta.

Ao se pautar do posicionamento doutrinário estabelecido temos que para a aplicação de sanções no âmbito do direito do trabalho devem ser utilizadas não só a proporcionalidade e razoabilidade como parâmetro, mas os requisitos citados, sendo que a sanção deve guardar adequação para com a conduta praticada, bem como dos efeitos contratuais inerentes deste.

Por esse parâmetro, a conduta a ser adotada em caso de não utilização correta do sistema de macro deve se iniciar pela advertência, vezes que ao advertir estará não somente graduando as sanções, como também cientificando de forma inequívoca que o empregado faltou com a execução do contrato empregatício não somente com os moldes contratuais assim como pelo descumprimento da legislação em vigor.

É por óbvio que as sanções detêm de caráter educativo e, somente em casos graves, a partir de, por exemplo, 3 (três) advertências, que poderíamos chegar à aplicação da suspensão contratual e até a rescisão contratual por justa causa pelo descumprimento contratual pelo obreiro.

Não obstante a aplicabilidade das sanções seja uma forma com que o empregador possa exigir o cumprimento forçado dessa obrigação contratual, desde que o empregado esteja ciente de eventual desconto a ser realizado, é a utilização de descontos de premiações, caso existentes, de comportamento do empregado na execução contratual.

Por essas constatações podemos crer que o empregador poderá se utilizar de diversos mecanismos para que se tenha a correta e adequada utilização pelos empregados do sistema de macros, desde que se pautando de coerência, proporcionalidade e adequação nas medidas a serem adotadas.

4 – Conclusões

Por tudo o que fora exposto, nos leva a concluir que, em primeiro passo, de que o sistema de controle de macros traz fidedignidade, vezes que é atrelado diretamente às condições e ocorrências da jornada de trabalho do motorista profissional e, em segundo, mas não menos importante, que a questão que invalida os relatórios de controle de ponto (o fato de estarem sem assinatura) resta preenchida pelo simples fato de que, para a utilização dos macros, o próprio usuário do sistema de rastreamento, ou seja, o motorista profissional, é quem alimenta o sistema, utilizando de um *login* e senha específicos.

Da mesma maneira, deve ser repensada a forma com que o ordenamento em si vem caminhando, trazendo empecilhos para que o sistema de rastreamento a partir das macros seja validado, trazendo maiores prejuízos aos empregadores como aqueles que já estão advindo pelas condenações, invalidando o sistema de controle de jornada.

Tal como se utiliza a assinatura digital pelos operadores do Direito, temos que a inserção das macros devidas no sistema de controle de jornada é, para todo e qualquer fim, uma assinatura digital do próprio motorista profissional no qual esse atesta de forma veemente a jornada de trabalho do empregado para que, assim, os órgãos fiscalizadores e o próprio empregador possa fazer o controle das jornadas e apurar eventuais infrações e lesões aos direitos trabalhistas dos empregados.

E, por ser uma assinatura do próprio motorista profissional, verificamos que o sistema de macros traz uma maior veracidade, e conseqüentemente maior força probante, para esse meio de prova utilizado com o fim específico de controle das jornadas de trabalho dos motoristas profissionais, sendo de todo modo válido e aplicável para os empregadores.

Com isso, se demonstrou que a utilização do sistema de macros é a que retrata da melhor forma possível a jornada de trabalho do trabalhador, vezes que é ele próprio quem fará a alimentação do controle de jornada e, também, trará condições dignas para que sua jornada seja verificada e respeitada, consoante as disposições da Lei nº 13.103/2015.

Referências bibliográficas

AUTOTRAC – TECNOLOGIA PARA RASTREAMENTO DE FROTAS. Disponível em: <<https://www.autotracc.com.br/>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. *Lei nº 12.619, de 30 de abril de 2012*. Dispõe sobre o exercício da profissão de motorista; altera a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis ns. 9.503, de 23 de setembro de 1997, 10.233, de 5 de junho de 2001, 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e 12.023, de 27 de agosto de 2009, para regular e disciplinar a jornada de trabalho e o tempo de direção do motorista profissional; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12619.htm>. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. *Lei nº 13.103, de 2 de março de 2015*. Dispõe sobre o exercício da profissão de motorista; altera a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis ns. 9.503, de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro, e 11.442, de 5 de janeiro de 2007 (empresas e transportadores autônomos de carga), para disciplinar a jornada de trabalho e o tempo de direção do motorista profissional; altera a Lei nº 7.408, de 25 de novembro de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 12.619, de 30 de abril de 2012; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13103.htm>. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. *Resolução nº 405 de 12 de junho de 2012*. Dispõe sobre a fiscalização do tempo de direção do motorista profissional de que trata o artigo 67-A, incluído no Código de Trânsito Brasileiro – CTB, pela Lei nº 12.619, de 30 de abril de 2012, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/\(Resolu%C3%A7%C3%A3o%20405.2012\).pdf](http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/(Resolu%C3%A7%C3%A3o%20405.2012).pdf)>. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. HORAS EXTRAS. MOTORISTA. JORNADA EXTERNA. EFETIVO CONTROLE DA JORNADA. Esta Corte vem, reiteradamente, entendendo que, mesmo diante da existência de norma coletiva estabelecendo a impossibilidade de controle de jornada, havendo, na prática, o efetivo controle da jornada do empregado, fica afastada a incidência do art. 62, inciso I, da CLT, fazendo jus o empregado às horas extras. No caso, o Regional entendeu que a jornada de trabalho do reclamante era controlada, uma vez que a 2ª reclamada possuía meios efetivos de fiscalização e controle, tanto por rastreador, quanto por preenchimento pelo reclamante, de planilha diária para controle do diesel. Nesse contexto, verifica-se que havia efetiva possibilidade de controle de jornada. Destaca-se, por outro lado, que

DOCTRINA

a Lei nº 12.619, de 30 de abril de 2012, prevê expressamente a obrigatoriedade do controle, por parte do empregador, da jornada de trabalho dos motoristas profissionais, indicando, em *numerus apertus*, métodos pelos quais o controle pode se feito (anotação em diário de bordo, papeleta ou ficha de trabalho externo ou por uso de meios eletrônicos idôneos instalados nos veículos, a critério do empregador). Logo, o controle da jornada e do tempo de direção dos motoristas é obrigatório e se faz por tacógrafo ou outro meio eletrônico idêneo (rastreamento por satélite, v.g.) ou, ainda, pela papeleta, diário de bordo ou ficha de trabalho externo, estando disponíveis ao empregador ambas as possibilidades ora mencionadas. Transcrevem-se arestos de Turmas desta Corte e nota-se que a decisão regional se encontra em consonância com a iterativa, atual e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, nos termos do art. 896, § 7º, da CLT e da Súmula nº 333 desta Corte, portanto não há falar em divergência jurisprudencial. Recurso de revista não conhecido. RR – 74-20.2012.5.04.0027. Recorrente: Grancarga Transportes e Guindastes S.A. Recorrido: José Eri da Silva, Alstom Grid Energia Ltda. e Irga Lupércio Torres S.A. Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta. Brasília, DEJT 09/09/2016. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2074-20.2012.5.04.0027&base=acorda o&rowid=AAANGhAA+AAAQI2AAW&dataPublicacao=09/09/2016&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. _____. HORAS EXTRAS. MOTORISTA. TRABALHO EXTERNO. CONTROLE DA JORNADA. Uma vez registrada, pela Corte de origem, a existência de controle da jornada do motorista mediante uso de equipamento eletrônico – tacógrafo – associado a outros elementos de prova, resulta inviável a incidência do comando inserto no inciso I do art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho, não havendo falar em contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 332 da SBDI-I do TST. Embargos de que não se conhece. E-RR 763442-85.2001.5.17.5555. Embargante: Shell do Brasil Ltda. Embargado: Humberto César Gomes. Relator: Ministro Lelio Bentes Corrêa. Brasília, DEJT 12.03.2010. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=E-RR%20-%20763442-85.2001.5.17.5555&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAA1XKAA A&dataPublicacao=12/03/2010&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. _____. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. HORAS EXTRAS. CARTÕES DE PONTO SEM ASSINATURA. VALIDADE. ÔNUS DA PROVA. Conforme precedentes do TST, extrai-se do sentido e alcance do disposto nos arts. 74, § 2º, da CLT e 13 da Portaria nº 3.626/91, que a exigência de assinatura do empregado, no cartão de ponto, carece de previsão legal, razão pela qual não pode ser invalidado como meio probatório e, conseqüentemente, transferir o ônus da prova à reclamada. Ao contrário, a apresentação dos controles de frequência pelo empregador gera presunção de veracidade da jornada ali registrada (Súmula nº 338, I e II, do TST), que pode ser elidida por prova em contrário. Recurso de revista conhecido e provido, no particular. RR – 302-72.2010.5.01.0051. Recorrente: Concessão Metroviária do Rio de Janeiro S.A. Recorrido: Robson Ramiro Rangel. Brasília, DEJT 23.11.2018. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do;jsessionid=6696BB67723B0AB53D7449FA2F9BF79A.vm153?con scsjt=&numeroTst=302&digitoTst=72&anoTst=2010&orgaoTst=5&tribunalTst=01&varaTst=0051&consulta=Consultar>>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. _____. Súmula nº 338. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-338>. Acesso em: 22 mar. 2019.

DOCTRINA

BALSANELLI, João Marcelo. O motorista de caminhão, a jornada de trabalho e a instrução processual. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 82, n. 1, p. 143-154, jan./mar. 2016.

CARRION, Valentin. *Comentários à CLT: legislação complementar – jurisprudência*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 2.

GONÇALVES, Emílio. O poder disciplinar do empregador. In: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Doutrinas essenciais: direito do trabalho e direito da seguridade social*. São Paulo: RT, 2012. v. 1.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018.

LINDOSO, Alexandre Simões. Reflexões sobre o tempo de espera e sua inconstitucionalidade. In: PASSOS, Edésio; PASSOS, André Franco de Oliveira; NICOLADELI, Sandro Lunard (Org.). *Motorista profissional: aspectos críticos e apontamentos de inconstitucionalidade da Lei nº 13.103/2015: com remissões à Lei nº 12.619/2012*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3. ed. São Paulo: RT, 2015.

MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT*. 21. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018.

_____. *Direito do trabalho*. 34. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018.

_____. *Direito processual do trabalho*. 40. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018.

MORAES, Paulo Douglas Almeida de. Impactos da Lei nº 13.103/2015 sobre a proteção jurídica ao motorista profissional. *Revista LTr*, São Paulo, v. 79, p. 666-681, jul. 2015.

OLIVEIRA, Gláucio Araújo de. Controle da jornada de trabalho e tempo de direção dos motoristas profissionais. A realidade vivenciada justificadora da adoção de medidas urgentes. In: PASSOS, Edésio; PASSOS, André Franco de Oliveira; NICOLADELI, Sandro Lunard (Org.). *Motorista profissional: aspectos críticos e apontamentos de inconstitucionalidade da Lei nº 13.103/2015 – com remissões à Lei nº 12.619/2012*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017.

PASSOS, Edésio *et al.* O motorista profissional empregado: análise crítica das Leis nºs 12.619/2012 e 13.103/2015. In: PASSOS, Edésio; PASSOS, André Franco de Oliveira; NICOLADELI, Sandro Lunard (Org.). *Motorista profissional: aspectos críticos e apontamentos de inconstitucionalidade da Lei nº 13.103/2015 – com remissões à Lei nº 12.619/2012*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017.

SIGHRA SISTEMAS INOVADORES. Disponível em: <<http://www.sighra.com.br/produtos/control-de-jornada>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

Recebido em: 22/03/2019

Aprovado em: 24/04/2019

LEX MAGISTER

PRODUTOS JURÍDICOS

